بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
علاء الدين الكاساني
سنة الولادة / سنة الوفاة 587
تحقيق
الناشر دار الكتاب العربي
سنة النشر 1982
مكان النشر بيروت
عدد الأجزاء 7

العقل (((العقد))) بِلَا فَصْلٍ وَأَمَّا على التَّضْيِيقِ فَإِنْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِعَيْنٍ وَجَبَ تَسْلِيمُهُمَا مَعًا إذَا طَالَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ بِالتَّسْلِيمِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُسَاوَاةَ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ مَطْلُوبَةُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ عَادَةً وَتَحْقِيقُ التَّسَاوِي هَهُنَا في التَّسْلِيمِ مَعًا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ ليس أَحَدُهُمَا بِالتَّقْدِيمِ أَوْلَى من الْآخَرِ وَكَذَلِكَ إنْ تَبَايَعَا دَيْنًا بِدَيْنٍ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ يراعي فيه التَّرْتِيبُ عِنْدَنَا فَيَجِبُ على الْمُشْتَرِي تَسْلِيمُ الثَّمَنِ أَوَّلًا إذَا طَالَبَهُ البايع ثُمَّ يَجِبُ على البايع تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ إذَا طَالَبَهُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ تَحْقِيقَ التَّسَاوِي فيه على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَأَمَّا تَفْسِيرُ التَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ فَالتَّسْلِيمُ وَالْقَبْضُ عِنْدَنَا هو التَّخْلِيَةُ وَالتَّخَلِّي وهو أَنْ يُخَلِّيَ البايع بين الْمَبِيعِ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي بِرَفْعِ الْحَائِلِ بَيْنَهُمَا على وَجْهٍ يَتَمَكَّنُ الْمُشْتَرِي من التَّصَرُّفِ فيه فَيُجْعَلُ البايع مُسَلِّمًا لِلْمَبِيعِ وَالْمُشْتَرِي قَابِضًا له وَكَذَا تَسْلِيمُ الثَّمَنِ من الْمُشْتَرِي إلَى البايع

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْقَبْضُ في الدَّارِ وَالْعَقَارِ وَالشَّجَرِ بِالتَّخْلِيَةِ

وَأَمَّا في الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَتَنَاوُلُهُمَا بِالْبَرَاجِمِ وفي الثِّيَابِ بِالنَّقْلِ

وَكَذَا في الطَّعَامِ إذَا اشْتَرَاهُ مُجَازَفَةً فإذا اشْتَرَاهُ مُكَايَلَةً فَبِالْكَيْلِ وفي الْعَبْدِ وَالْبَهِيمَةِ بِالسَّيْرِ من مَكَانِهِ وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْأَصْلَ في الْقَبْضِ هو الْأَخْذُ بِالْبَرَاجِمِ لِأَنَّهُ الْقَبْضُ حَقِيقَةً إلَّا أَنَّ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْأَخْذَ بِالْبَرَاجِمِ أُقِيمَ النَّقْلُ مَقَامَهُ فِيمَا يَحْتَمِلُ النَّقْلَ وَفِيمَا لَا يَحْتَمِلُهُ أُقِيمَ التَّخْلِيَةُ مَقَامَهُ

وَلَنَا أَنَّ التَّسْلِيمَ في اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عن جَعْلِهِ سَالِمًا خَالِصًا يُقَالُ سَلَّمَ فُلَانٌ لِفُلَانٍ أَيْ خَلَّصَ له وقال اللَّهُ تَعَالَى { وَرَجُلًا سَلَمًا لِرَجُلٍ } أَيْ سَالِمًا خَالِصًا لَا يُشْرِكُهُ فيه أَحَدٌ فَتَسْلِيمُ الْمَبِيعِ إلَى الْمُشْتَرِي هو جَعْلُ الْمَبِيعِ سَالِمًا لِلْمُشْتَرِي أَيْ خَالِصًا بِحَيْثُ لَا يُنَازِعُهُ فيه غَيْرُهُ وَهَذَا يَحْصُلُ بِالتَّخْلِيَةِ فَكَانَتْ التَّخْلِيَةُ تَسْلِيمًا من الْبَائِعِ وَالتَّخَلِّي قَبْضًا من الْمُشْتَرِي وَكَذَا هذا في تَسْلِيمِ الثَّمَنِ إلَى الْبَائِعِ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ وَمَنْ عليه الْوَاجِبُ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ له سَبِيلُ الْخُرُوجِ عن عُهْدَةِ ما وَجَبَ عليه وَالَّذِي في وُسْعِهِ هو التَّخْلِيَةُ وَرَفْعُ الْمَوَانِعِ فَأَمَّا الأقباض فَلَيْسَ في وُسْعِهِ لِأَنَّ الْقَبْضَ بِالْبَرَاجِمِ فِعْلٌ اخْتِيَارِيٌّ لِلْقَابِضِ فَلَوْ تَعَلَّقَ وُجُوبُ التَّسْلِيمِ بِهِ لَتَعَذَّرَ عليه الْوَفَاءُ بِالْوَاجِبِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ

ثُمَّ لَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا في أَنَّ أَصْلَ الْقَبْضِ يَحْصُلُ بِالتَّخْلِيَةِ في سَائِرِ الْأَمْوَالِ وَاخْتَلَفُوا في أنها هل هِيَ قَبْضٌ تَامٌّ فيها أَمْ لَا

وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمَبِيعَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا له مِثْلٌ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا مِثْلَ له فَإِنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له من الْمَذْرُوعَاتِ وَالْمَعْدُودَاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ

فَالتَّخْلِيَةُ فيها قَبْضٌ تَامٌّ بِلَا خِلَافٍ حتى لو اشْتَرَى مَذْرُوعًا مُذَارَعَةً أو مَعْدُودًا مُعَادَدَةً وَوُجِدَتْ التَّخْلِيَةُ يَخْرُجُ عن ضَمَانِ الْبَائِعِ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَالِانْتِفَاعُ بِهِ قبل الذَّرْعِ وَالْعَدِّ بِلَا خِلَافٍ

وَإِنْ كان مِمَّا له مِثْلٌ فَإِنْ بَاعَهُ مُجَازَفَةً فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ الْقَدْرِ في بَيْعِ الْمُجَازَفَةِ

وَإِنْ بَاعَ مُكَايَلَةً أو مُوَازَنَةً في الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَخَلَّى فَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْمَبِيعَ يَخْرُجُ عن ضَمَانِ البايع وَيَدْخُلُ في ضَمَانِ الْمُشْتَرِي حتى لو هَلَكَ بَعْدَ التَّخْلِيَةِ قبل الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ يُمْلَكُ على الْمُشْتَرِي وَكَذَا لَا خِلَافَ في أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي بَيْعُهُ وَالِانْتِفَاعُ بِهِ قبل الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ

وَكَذَا لو اكْتَالَهُ الْمُشْتَرِي أو اتَّزَنَهُ من بَائِعِهِ ثُمَّ بَاعَهُ مُكَايَلَةً أو مُوَازَنَةً من غَيْرِهِ لم يَحِلَّ لمشتري (((للمشتري))) منه أَنْ يَبِيعَهُ أو ينتفع (((يمتنع))) بِهِ حتى يَكِيلَهُ أو يَزِنَهُ وَلَا يكتفي بِاكْتِيَالِ البايع أو اتِّزَانِهِ من بَائِعِهِ وَإِنْ كان ذلك بِحَضْرَةِ هذا الْمُشْتَرِي لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ نهى عن بَيْعِ الطَّعَامِ حتى يجري فيه صَاعَانِ صَاعُ البايع وَصَاعُ الْمُشْتَرِي وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نهى عن بَيْعِ الطَّعَامِ حتى يُكَالَ لَكِنْ اخْتَلَفُوا في أَنَّ حُرْمَةَ التَّصَرُّفِ قبل الْكَيْلِ أو الْوَزْنِ لِانْعِدَامِ الْقَبْضِ بِانْعِدَامِ الْكَيْلِ أو الْوَزْنِ أو شَرْعًا غير مَعْقُولِ الْمَعْنَى مع حُصُولِ الْقَبْضِ بِتَمَامِهِ بِالتَّخْلِيَةِ

قال بَعْضُ مَشَايِخِنَا إنه (((إنها))) تَثْبُتُ شَرْعًا غير مَعْقُولِ الْمَعْنَى

وقال بَعْضُهُمْ الْحُرْمَةُ لِمَكَانِ انْعِدَامِ الْقَبْضِ على التَّمَامِ بِالْكَيْلِ أو الْوَزْنِ وَكَمَا لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ في الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ بِدُونِ قَبْضِهِ أَصْلًا لَا يَجُوزُ بِدُونِ قَبْضِهِ بِتَمَامِهِ

وَجْهُ قَوْلِ الْأَوَّلِينَ ما ذَكَرْنَا أَنَّ مَعْنَى التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ يَحْصُلُ بِالتَّخْلِيَةِ لِأَنَّ المشتري يَصِيرُ سَالِمًا خَالِصًا لِلْمُشْتَرِي على وَجْهٍ يَتَهَيَّأُ له تَقْلِيبُهُ وَالتَّصَرُّفُ فيه على حَسَبِ مَشِيئَتِهِ وَإِرَادَتِهِ وَلِهَذَا كانت التَّخْلِيَةُ تَسْلِيمًا وَقَبْضًا فِيمَا لَا مِثْلَ له وَفِيمَا له مِثْلٌ إذَا بِيعَ مُجَازَفَةً وَلِهَذَا يَدْخُلُ الْمَبِيعُ في ضَمَانِ الْمُشْتَرِي بِالتَّخْلِيَةِ نَفْسِهَا بِلَا خِلَافٍ دَلَّ أَنَّ التَّخْلِيَةَ قَبْضٌ إلَّا أَنَّ حُرْمَةَ التَّصَرُّفِ مع وُجُودِ الْقَبْضِ بِتَمَامِهِ ثَبَتَ تَعَبُّدًا غير مَعْقُولِ الْمَعْنَى وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَجْهُ قَوْلِ الْآخَرِينَ تَعْلِيلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ في هذه الْمَسْأَلَةِ في كِتَابِ الْبُيُوعِ فإنه قال وَلَا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَتَصَرَّفَ فيه قبل الْكَيْلِ لِأَنَّهُ بَاعَهُ قبل

أَنْ يَقْبِضَهُ ولم يُرِدْ بِهِ أَصْلَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ تَمَامَ الْقَبْضِ

وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْكَيْلَ وَالْوَزْنَ في الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ الذي بِيعَ مُكَايَلَةً وَمُوَازَنَةً من تَمَامِ الْقَبْضِ أَنَّ الْقَدْرَ في الْمَكِيلِ الموزون (((والموزون))) مَعْقُودٌ عليه

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو كِيلَ فَازْدَادَ لَا تَطِيبُ له الزِّيَادَةُ بَلْ تُرَدُّ أو يُفْرَضُ لها ثَمَنٌ وَلَوْ نَقَصَ يُطْرَحُ بِحِصَّتِهِ شَيْءٌ من الثَّمَنِ وَلَا يُعْرَفُ الْقَدْرُ فِيهِمَا إلَّا بِالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ لِاحْتِمَالِ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ فَلَا يَتَحَقَّقُ قَبْضُ قَدْرِ الْمَعْقُودِ عليه إلَّا بِالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ فَكَانَ الْكَيْلُ وَالْوَزْنُ فيه من تَمَامِ الْقَبْضِ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل قَبْضِهِ بِتَمَامِهِ كما لَا يَجُوزُ قبل قَبْضِهِ أَصْلًا وَرَأْسًا بِخِلَافِ الْمَذْرُوعَاتِ لِأَنَّ

الْقَدْرَ فيها ليس مَعْقُودًا عليه بَلْ هو جَارٍ مَجْرَى الْوَصْفِ وَالْأَوْصَافُ لَا تَكُونُ مَعْقُودًا عليها وَلِهَذَا سَلِمَتْ الزِّيَادَةُ لِلْمُشْتَرِي بِلَا ثَمَنٍ وفي النُّقْصَانِ لَا يَسْقُطُ عنه شَيْءٌ من الثَّمَنِ فَكَانَتْ التَّخْلِيَةُ فيها قَبْضًا تَامًّا فَيكتفي بها في جَوَازِ التَّصَرُّفِ قبل الذَّرْعِ بِخِلَافِ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ على ما بَيَّنَّا إلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ عن ضَمَانِ الْبَائِعِ بِالتَّخْلِيَةِ نَفْسِهَا لِوُجُودِ الْقَبْضِ بِأَصْلِهِ وَالْخُرُوجُ عن ضَمَانِ الْبَائِعِ يَتَعَلَّقُ بِأَصْلِ الْقَبْضِ لَا بِوَصْفِ الْكَمَالِ فَأَمَّا جَوَازُ التَّصَرُّفِ فيه فَيَسْتَدْعِي قَبْضًا كَامِلًا لِوُرُودِ النَّهْيِ عن بَيْعِ ما لم يُقْبَضْ وَالْقَبْضُ الْمُطْلَقُ هو الْقَبْضُ الْكَامِلُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا العدودات (((المعدودات))) الْمُتَقَارِبَةُ إذَا بِيعَتْ عَدَدًا لَا جُزَافًا فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ حتى لَا يَجُوزَ بَيْعُهَا إلَّا بَعْدَ الْعَدِّ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ حُكْمُهَا حُكْمُ الْمَذْرُوعَاتِ فَيَجُوزُ بَيْعُهَا قبل الْعَدِّ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْعَدَدِيَّ ليس من أَمْوَالِ الرِّبَا كَالذَّرْعِ وَلِهَذَا لم تَكُنْ الْمُسَاوَاةُ فيها شَرْطًا لِجَوَازِ الْعَقْدِ كما لَا تُشْتَرَطُ في الْمَذْرُوعَاتِ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْمَذْرُوعِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقَدْرَ في الْمَعْدُودِ مَعْقُودٌ عليه كَالْقَدْرِ في الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو عَدَّهُ فَوَجَدَهُ زَائِدًا لَا تَطِيبُ الزِّيَادَةُ له بِلَا ثَمَنٍ بَلْ يَرُدُّهَا أو يَأْخُذُهَا بِثَمَنِهَا وَلَوْ وَجَدَهُ نَاقِصًا يَرْجِعُ بِقَدْرِ النُّقْصَانِ كما في الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ دَلَّ أَنَّ الْقَدْرَ فيه مَعْقُودٌ عليه وَاحْتِمَالُ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ في عَدَدِ الْمَبِيعِ ثَابِتٌ فَلَا بُدَّ من مَعْرِفَةِ قَدْرِ الْمَعْقُودِ عليه وَامْتِيَازِهِ من غَيْرِهِ وَلَا يُعْرَفُ قَدْرُهُ إلَّا بِالْعَدِّ فَأَشْبَهَ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ وَلِهَذَا كان الْعَدُّ فيه بِمَنْزِلَةِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ في ضَمَانِ العدوان (((العد))) إلا أنه لم يَجُزْ فيه الرِّبَا لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ بين وَاحِدٍ وَوَاحِدٍ في الْعَدِّ ثَبَتَتْ بِاصْطِلَاحِ الناس وَإِهْدَارِهِمْ التَّفَاوُتَ بَيْنَهُمَا في الصِّغَرِ وَالْكِبَرِ لَكِنْ ما ثَبَتَ بِاصطلاح الناس جَازَ أَنْ يَبْطُلَ بِاصْطِلَاحِهِمْ وَلَمَّا تَبَايَعَا وَاحِدًا بِاثْنَيْنِ فَقَدْ أَهْدَرَا اصْطِلَاحَ الْإِهْدَارِ وَاعْتَبَرَا الْكِبَرَ لِأنها (((لأنهما))) قصد (((قصدا))) الْبَيْعَ الصَّحِيحَ وَلَا صِحَّةَ إلَّا بِاعْتِبَارِ الْكِبَرِ وَسُقُوطِ الْعَدِّ فَكَانَ أَحَدُهُمَا من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِمُقَابَلَةِ الْكَبِيرِ من الْجَانِبِ الْآخَرِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا

أَمَّا هَهُنَا فَلَا بُدَّ من اعْتِبَارِ الْعَدِّ إذَا بِيعَ عَدَدًا وإذا اُعْتُبِرَ الْعَدُّ لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبل الْقَبْضِ كما في الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بِخِلَافِ الْمَذْرُوعِ فإن الْقَدْرَ فيه ليس بِمَعْقُودٍ عليه على ما بَيَّنَّا فَكَانَتْ التَّخْلِيَةُ فيه قَبْضًا تَامًّا فَكَانَ تَصَرُّفًا في الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَأَنَّهُ جَائِزٌ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَوْ كَالَهُ الْبَائِعُ أو وَزَنَهُ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي كان ذلك كَافِيًا وَلَا يَحْتَاجُ إلَى إعَادَةِ الْكَيْلِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِكَيْلِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي وما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ نهى عن بَيْعِ الطَّعَامِ حتى يجر (((يجري))) فيه صَاعَانِ صَاعُ الْبَائِعِ وَصَاعُ الْمُشْتَرِي مَحْمُولٌ على مَوْضِعٍ مَخْصُوصٍ وهو ما إذَا اشْتَرَى مَكِيلًا مُكَايَلَةً فَاكْتَالَهُ ثُمَّ بَاعَهُ من غَيْرِهِ مُكَايَلَةً لم يَجُزْ لِهَذَا الْمُشْتَرِي التَّصَرُّفُ فيه حتى يَكِيلَهُ وَإِنْ كان هو حَاضِرًا عِنْدَ اكْتِيَالِ بَائِعِهِ فَلَا يكتفي بِذَلِكَ

وَكَذَلِكَ إذَا أَسْلَمَ إلَى رَجُلٍ في حِنْطَةٍ فلما حَلَّ الْأَجَلُ اشْتَرَى الْمُسْلَمُ إلَيْهِ قَدْرَ الْمُسْلَمِ فيه من رَجُلٍ مُكَايَلَةً وَأَمَرَ رَبَّ السَّلَمِ بِاقْتِضَائِهِ فإنه لَا يَجُوزُ له التَّصَرُّفُ فيه ما لم يَكِلْهُ مَرَّتَيْنِ مَرَّةً لِلْمُسْلَمِ إلَيْهِ وَمَرَّةً لِنَفْسِهِ بِالنَّصِّ وَلَوْ كان مَكَانَ السَّلَمِ قَرْضٌ بِأَنْ اسْتَقْرَضَ الْمُسْتَقْرِضُ كُرًّا من إنْسَانٍ وَأَمَرَ الْمُقْرِضَ بِقَبْضِ الْكُرِّ فإنه يكتفي فيه بِكَيْلٍ وَاحِدٍ لِلْمُشْتَرِي وَالْمُسْتَقْرِضِ وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْكَيْلَ وَالْوَزْنَ فِيمَا عُقِدَ بِشَرْطِ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ في الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ شَرْطُ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهِمَا لِأَنَّهُ من تَمَامِ الْقَبْضِ على ما بَيَّنَّا

وَالسَّلَمُ عَقْدٌ بِشَرْطِ الْكَيْلِ وَالْمُسْلَمُ إلَيْهِ اشْتَرَى بِشَرْطِ الْكَيْلِ فَلَا بُدَّ من أَنْ يَكِيلَ رَبُّ السَّلَمِ أَوَّلًا لِلْمُسْلَمِ إلَيْهِ لِيَصِيرَ قَابِضًا له فجعل (((فيجعل))) كَأَنَّ الْمُسْلَمَ إلَيْهِ قَبَضَهُ بِنَفْسِهِ من الْبَائِعِ ثُمَّ يَكِيلُ لِنَفْسِهِ من الْمُسْلَمِ إلَيْهِ فَأَمَّا قَبْضُ بَدَلِ الْقَرْضِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ التَّصَرُّفِ فيه لِأَنَّ

الْقَبْضَ بِالْكَيْلِ في بَابِ الْبَيْعِ لِانْدِفَاعِ جَهَالَةِ الْمَعْقُودِ عليه بِتَمَيُّزِ حَقِّ الْمُشْتَرِي عن حَقِّ الْبَائِعِ وَالْقَرْضُ يَقْبَلُ نَوْعَ جَهَالَةٍ فَلَا يُشْتَرَطُ له الْقَبْضُ وَلِأَنَّ الْإِقْرَاضَ إعَارَةٌ عِنْدَنَا فَالْمَقْبُولُ من بَدَلِ الْقَرْضِ كَأَنَّهُ عَيْنُ حَقِّهِ فَصَارَ كما لو أَعَارَ عَيْنًا ثُمَّ اسْتَرَدَّهَا فَيَصِحُّ قَبْضُهُ بِدُونِ الْكَيْلِ وَإِنَّمَا يَجِبُ كَيْلٌ وَاحِدٌ لِلْمُشْتَرِي لَا غير وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا بَيَانُ ما يَصِيرُ بِهِ الْمُشْتَرِي قَابِضًا لِلْمَبِيعِ من التَّصَرُّفَاتِ وما لَا يَصِيرُ بِهِ قَابِضًا فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْمَبِيعُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْبَائِعِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كان في يَدِ الْبَائِعِ فَأَتْلَفَهُ الْمُشْتَرِي صَارَ قَابِضًا له لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا بِالتَّخْلِيَةِ فَبِالْإِتْلَافِ أَوْلَى لِأَنَّ التَّخْلِيَةَ تَمْكِينٌ من التَّصَرُّفِ في الْمَبِيعِ وَالْإِتْلَافُ تَصَرُّفٌ فيه حَقِيقَةً وَالتَّمْكِينُ من التَّصَرُّفِ دُونَ حَقِيقَةِ التَّصَرُّفِ

وَكَذَلِكَ لو قَطَعَ يَدَهُ أو شَجَّ رَأْسَهُ وَكُلُّ تَصَرُّفٍ نَقَصَ شيئا لِأَنَّ هذه الْأَفْعَالَ في الدَّلَالَةِ على التَّمْكِينِ فَوْقَ التَّخْلِيَةِ ثُمَّ بِالتَّخْلِيَةِ صَارَ قَابِضًا فيها (((فبها))) أَوْلَى وَكَذَلِكَ لو فَعَلَ الْبَائِعُ شيئا من ذلك بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ فِعْلَهُ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ الْمُشْتَرِي بِنَفْسِهِ

وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي يَصِيرُ قَابِضًا لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ إتْلَافٌ حُكْمًا فَيَلْحَقُ بِالْإِتْلَافِ حَقِيقَةً وَكَذَا لو دَبَّرَهُ أو اسْتَوْلَدَ الْجَارِيَةَ أَيْ أَقَرَّ أنها أُمُّ وَلَدٍ له لِأَنَّ التَّدْبِيرَ أو الِاسْتِيلَادَ تَنْقِيصٌ حُكْمًا فَكَانَ مُلْحَقًا بِالتَّنْقِيصِ حَقِيقَةً وَلَوْ زَوَّجَ الْمَبِيعَ بِأَنْ كان جَارِيَةً أو عَبْدًا فَالْقِيَاسُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا وهو رِوَايَةٌ عن أبي يُوسُفَ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَصِيرُ قَابِضًا

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ التَّزَوُّجَ تَعْيِيبٌ أَلَا تَرَى أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ عَيْبٌ يُرَدُّ بها وإذا كانت الزَّوْجِيَّةُ عَيْبًا كان التَّزَوُّجُ تَعْيِيبًا وَالتَّعْيِيبُ قَبْضٌ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ تَعْيِيبٌ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ نُقْصَانَ الْمَحَلِّ وَلَا نُقْصَانَ الْمِلْكِ فيه فَلَا يَصِيرُ بِهِ قَابِضًا وَكَذَا لو أَقَرَّ عليه بِالدَّيْنِ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا لِأَنَّ الدَّيْنَ عَيْبٌ حتى يُرَدَّ بِهِ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَصِيرُ قَابِضًا لِأَنَّهُ تَعْيِيبٌ حُكْمِيٌّ وَأَنَّهُ لَا يُوجِبُ النُّقْصَانَ فَلَا يَكُونُ قَبْضًا

وَلَوْ وَطِئَهَا الزَّوْجُ في يَدِ الْبَائِعِ صَارَ الْمُشْتَرِي قَابِضًا لِأَنَّ الْوَطْءَ إثْبَاتُ الْيَدِ على الْمَوْطُوءَةِ وَأَنَّهُ حَصَلَ من الزَّوْجِ بِتَسْلِيطِ الْمُشْتَرِي فَكَانَ من حَيْثُ أنه إثْبَاتُ الْيَدِ مُضَافًا إلَى الْمُشْتَرِي فَكَانَ قَابِضًا من الْمُشْتَرِي

وَلَوْ أَعَارَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ للبايع (((للبائع))) أو أَوْدَعَهُ أو آجَرَهُ لم يَكُنْ شَيْءٌ من ذلك قَبْضًا لِأَنَّ هذه التَّصَرُّفَاتِ لم تَصِحَّ من الْمُشْتَرِي لِأَنَّ يَدَ الْحَبْسِ بِطَرِيقِ الإصالة ثَابِتَةٌ للبايع (((للبائع))) فَلَا يُتَصَوَّرُ إثْبَاتُ يَدِ النِّيَابَةِ له بِهَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ فلم تَصِحَّ وَالْتَحَقَتْ بِالْعَدَمِ وَلَوْ أَعَارَهُ أو أَوْدَعَهُ أَجْنَبِيًّا صَارَ قَابِضًا لِأَنَّ الْإِعَارَةَ وَالْإِيدَاعَ إيَّاهُ صَحِيحٌ فَقَدْ أَثْبَتَ يَدَ النِّيَابَةِ لِغَيْرِهِ فَصَارَ قَابِضًا

وَلَوْ أَرْسَلَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ الْمَبِيعَ إلَى حَاجَةٍ صَارَ قَابِضًا لِأَنَّ إرْسَالَهُ في الْحَاجَةِ اسْتِعْمَالٌ له بِدَلِيلِ أَنَّهُ صَارَ رَاضِيًا بِهِ وَاسْتِعْمَالُهُ إيَّاهُ إثْبَاتُ يَدِهِ عليه وهو مَعْنَى الْقَبْضِ
وَلَوْ جَنَى أَجْنَبِيٌّ على الْمَبِيعِ فَاخْتَارَ الْمُشْتَرِي اتِّبَاعَ الْجَانِي بِالضَّمَانِ كان اخْتِيَارُهُ بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَكُونُ حتى لو تَوَى الضَّمَانُ على الْجَانِي بِأَنْ مَاتَ مُفْلِسًا كان التَّوَى على الْمُشْتَرِي وَلَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَيَتَقَرَّرُ عليه الثَّمَنُ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَالتَّوَى على الْبايع وَيَسْقُطُ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي
وَكَذَا لو اسْتَبْدَلَ الْمُشْتَرِي الضَّمَانَ لِيَأْخُذَ مَكَانَهُ من الْجَانِي شيئا آخَرَ جَازَ عِنْدَ أبي يُوسُفَ
وعن (((وعند))) مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ هذا تَصَرُّفٌ في المعقود (((العقود))) عليه قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ الْقِيمَةَ قَائِمَةٌ مَقَامَ الْعَيْنِ الْمُسْتَهْلَكَةِ وَالتَّصَرُّفُ في الْمَعْقُودِ عليه قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ لَا من البايع وَلَا من غَيْرِهِ
وَكَذَا الْمَبِيعُ إذَا كان مَصُوغًا من فِضَّةٍ اشْتَرَاهَا بِدِينَارٍ فَاسْتَهْلَكَ الْمَصُوغَ أَجْنَبِيٌّ قبل الْقَبْضِ فَاخْتَارَ الْمُشْتَرِي أَنْ يَتَّبِعَ الْجَانِيَ بِالضَّمَانِ وَنَقَدَ الدِّينَارَ البايع فَافْتَرَقَا قبل قَبْضِ ضَمَانِ الْمُسْتَهْلَكِ لَا يَبْطُلُ الصَّرْفُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ أبي يُوسُفَ لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ تَضْمِينَ الْمُسْتَهْلِكِ بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ عِنْدَهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَبْطُلُ الصَّرْفُ لِعَدَمِ الْقَبْضِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الضَّمَانَ حُكْمُ الْعَيْنِ لِأَنَّ قِيمَةَ الْعَيْنِ قَائِمَةٌ مَقَامَهَا وَلِهَذَا بَقِيَ الْعَقْدُ على الْقِيمَةِ بَعْدَ اسْتِهْلَاكِ الْعَيْنِ ثُمَّ الْعَيْنُ لو كانت قَائِمَةً فَهَلَكَتْ قبل الْقَبْضِ كان الْهَلَاكُ على البايع وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ وَيَسْقُطُ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي فَكَذَا الْقِيمَةُ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ جِنَايَةَ الْأَجْنَبِيِّ حَصَلَتْ بِإِذْنِ الْمُشْتَرِي وَأَمْرِهِ دَلَالَةً فَيَصِيرُ قَابِضًا كما لو فَعَلَ بِنَفْسِهِ
وَبَيَانُ ذلك أَنَّ اخْتِيَارَ الْمُشْتَرِي اتِّبَاعَ الْجَانِي بِالضَّمَانِ تَمْلِيكٌ من الْمَضْمُونِ لِأَنَّ الْمَضْمُونَاتِ تُمَلَّكُ بِاخْتِيَارِ الضَّمَانِ مُسْتَنِدًا إلَى وَقْتِ سَبَبِ الضَّمَانِ فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي فَيَصِيرُ

قَابِضًا لِأَنَّ فِعْلَ الْأَجْنَبِيِّ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ الْمُشْتَرِي بِنَفْسِهِ
وَلَوْ أَمَرَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ أَنْ يَعْمَلَ في الْمَبِيعِ عَمَلًا فَإِنْ كان عَمَلًا لَا يُنْقِصُهُ كَالْقِصَارَةِ وَالْغَسْلِ بِأَجْرٍ أو بِغَيْرِ أَجْرٍ لَا يَصِيرُ قَابِضًا لِأَنَّ التَّصَرُّفَ الذي لَا يُوجِبُ نُقْصَانَ الْمَحَلِّ مِمَّا يَمْلِكُهُ الْبَائِعُ بِالْيَدِ الثَّابِتَةِ كما إذَا نَقَلَهُ من مَكَانٍ إلَى مَكَانٍ فَكَانَ الْأَمْرُ بِهِ اسْتِيفَاءً لِمِلْكِ الْيَدِ فَلَا يَصِيرُ بِهِ قَابِضًا وَتَجِبُ الْأُجْرَةُ على الْمُشْتَرِي إنْ كان بِأَجْرٍ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ قد صَحَّتْ لِأَنَّ الْعَمَلَ على الْبَائِعِ ليس بِوَاجِبٍ فَجَازَ أَنْ تُقَابِلَهُ الْأُجْرَةُ وَإِنْ كان عَمَلًا يُنْقِصُهُ يَصِيرُ قَابِضًا لِأَنَّ تَنْقِيصَهُ إتْلَافُ جُزْءٍ منه وقد حَصَلَ بِأَمْرِهِ فَكَانَ مُضَافًا إلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا أَسْلَمَ في كُرِّ حِنْطَةٍ فلما حَلَّ الْأَجَلُ أَمَرَ رَبُّ السَّلَمِ الْمُسْلَمَ إلَيْهِ أَنْ يَكِيلَهُ في غَرَائِرِ الْمُسْلَمِ إلَيْهِ أو دَفَعَ إلَيْهِ غَرَائِرَهُ وَأَمَرَهُ أَنْ يَكِيلَهُ فيها فَفَعَلَ أَنَّهُ إنْ كان رَبُّ السَّلَمِ حَاضِرًا يَصِيرُ قَابِضًا بِالتَّخْلِيَةِ وَإِنْ كان

غَائِبًا لَا يَصِيرُ قَابِضًا لِأَنَّ الْحِنْطَةَ التي يَكِيلُهَا الْمُسْلَمُ إلَيْهِ مِلْكُهُ لَا مِلْكُ رَبِّ السَّلَمِ لِأَنَّ حَقَّهُ في الدَّيْنِ لَا في الْعَيْنِ فلم يَصِحَّ أَمْرُ الْمُشْتَرِي إيَّاهُ بِكَيْلِهَا فلم يَصِرْ وَكِيلًا له فَلَا تَصِيرُ يَدُهُ يَدَ رَبِّ السَّلَمِ سَوَاءٌ كانت الْغَرَائِرُ لِلْمُسْلَمِ إلَيْهِ أو لِرَبِّ السَّلَمِ لِأَنَّ يَدَ رَبِّ السَّلَمِ عن الْغَرَائِرِ قد زَالَتْ فإذا كَالَ فيها الْحِنْطَةُ لم تَصِرْ في يَدِ رَبِّ السَّلَمِ فَلَا يَصِيرُ قَابِضًا وَكَذَا لو اسْتَقْرَضَ من رَجُلٍ كُرًّا وَدَفَعَ إلَيْهِ غَرَائِرَهُ لِيَكِيلَهُ فيها فَفَعَلَ وهو غَائِبٌ لَا يَصِيرُ قَابِضًا لِأَنَّ الْقَرْضَ لَا يُمْلَكُ قبل الْقَبْضِ فَكَانَ الْكُرُّ على مِلْكِ الْمُقْرِضِ فلم يَصِحَّ أَمْرُ الْمُسْتَقْرِضِ إيَّاهُ بِكَيْلِهِ فَلَا يَصِيرُ وَكِيلًا له فَلَا تَصِيرُ يَدُهُ يَدَ الْمُسْتَقْرِضِ كما في السَّلَمِ

وَلَوْ اشْتَرَى من إنْسَانٍ كُرًّا بِعَيْنِهِ وَدَفَعَ غَرَائِرَهُ وَأَمَرَهُ بِأَنْ يَكِيلَ فيها فَفَعَلَ صَارَ قَابِضًا سَوَاءٌ كان الْمُشْتَرِي حَاضِرًا أو غَائِبًا لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه مُعَيَّنٌ وقد مَلَكَهُ الْمُشْتَرِي بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَصَحَّ أَمْرُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ تَنَاوَلَ عَيْنًا هو مِلْكُهُ فَصَحَّ أَمْرُهُ وَصَارَ الْبَائِعِ وَكِيلًا له وَصَارَتْ يَدُهُ يَدَ الْمُشْتَرِي وَكَذَلِكَ الطَّحْنُ إذَا طَحَنَهُ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ بِأَمْرِ رَبِّ السَّلَمِ لم يَصِرْ قَابِضًا

وَلَوْ طَحَنَهُ الْبَائِعُ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي صَارَ قَابِضًا لِأَنَّ الطَّحْنَ بِمَنْزِلَةِ الْكَيْلِ في الْغَرَائِرِ

وَلَوْ اسْتَعَارَ الْمُشْتَرِي من الْبَائِعِ غَرَائِرَهُ وَأَمَرَهُ بِأَنْ يَكِيلَهُ فيها فَفَعَلَ فَإِنْ كان الْمُشْتَرِي حَاضِرًا يَصِيرُ قَابِضًا بِالتَّخَلِّي بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كان غَائِبًا لَا يَصِيرُ قَابِضًا عِنْدَ مُحَمَّدٍ ما لم يُسَلِّمْ الْغَرَائِرَ إلَيْهِ سَوَاءٌ كانت الْغَرَائِرُ بِغَيْرِ عَيْنِهَا أو بِعَيْنِهَا وقال أبو يُوسُفَ إنْ كانت بِعَيْنِهَا صَارَ الْمُشْتَرِي قَابِضًا بِنَفْسِ الْكَيْلِ فيها وَإِنْ كانت بِغَيْرِ عَيْنِهَا بِأَنْ قال أَعِرْنِي غِرَارَةً وَكِلْ فيها لَا يَصِيرُ قَابِضًا

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْغَرَائِرَ عَارِيَّةٌ في الْوَجْهَيْنِ جميعا ولم يَقْبِضْهَا وَالْعَارِيَّةُ لَا حُكْمَ لها بِدُونِ الْقَبْضِ فَبَقِيَتْ في يَدِ الْبَائِعِ فَبَقِيَ ما فيها في يَدِ البايع أَيْضًا فَلَا يَصِيرُ في يَدِ الْمُشْتَرِي قَابِضًا إلَّا بِتَسْلِيمِ الْغَرَائِرِ إلَيْهِ

وَلِأَبِي يُوسُفَ الْفَرْقُ بين حَالَةِ التَّعْيِينِ وَعَدَمِ التَّعْيِينِ وهو أَنَّ الْغَرَائِرَ إذَا كانت مُعَيَّنَةً مُشَارًا إلَيْهَا فَإِنْ لم يُمْكِنْ تَصْحِيحُ التَّعْيِينِ من حَيْثُ كَوْنِهِ اسْتِعَارَةً يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ من حَيْثُ إقَامَتِهَا مَقَامَ يَدِهِ وإذا لم تَكُنْ مُتَعَيِّنَةٌ فَلَا وَجْهَ لِلْإِعَارَةِ بِوَجْهٍ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ أَظْهَرُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَوْ اشْتَرَى كُرًّا بِعَيْنِهِ وَلَهُ على البايع كُرُّ دَيْنٍ فَأَعْطَاهُ جَوْلَقًا وقال له كِلْهُمَا فيه فَفَعَلَ صَارَ قَابِضًا لَهُمَا سَوَاءٌ كان الْمَبِيعُ أَوَّلًا أو الدَّيْنُ

وَهَذَا قَوْلُ أبي يُوسُفَ

وقال مُحَمَّدٌ إنْ كان الْمَبِيعُ أَوَّلًا يَصِيرُ قَابِضًا لَهُمَا كما قال أبو يُوسُفَ وَإِنْ كان الدَّيْنُ أَوَّلًا لم يَصِرْ قَابِضًا لِلدَّيْنِ وكان قَابِضًا لِلْعَيْنِ وَكَانَا شركين (((شريكين))) فيه

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إن نَفْسَ الْكَيْلِ في الدَّيْنِ ليس بِقَبْضٍ لِمَا ذَكَرْنَا فإذا بَدَأَ بِكَيْلِهِ لم يَصِرْ الْمُشْتَرِي قَابِضًا له فإذا كَالَهُ بَعْدَهُ فَقَدْ خَلَطَ مِلْكَ الْمُشْتَرِي بِمِلْكِ نَفْسِهِ فَيَشْتَرِكَانِ في الْمَخْلُوطِ وَنَفْسُ الْكَيْلِ في الْعَيْنِ قَبْضٌ فإذا بَدَأَ بِكَيْلِهِ صَارَ الْمُشْتَرِي قَابِضًا له ثُمَّ إذَا كان (((كال))) الدَّيْنَ بَعْدَهُ فَقَدْ اسْتَهْلَكَ الْعَيْنَ بِالْخَلْطِ فَقَامَ ذلك الدَّيْنُ مَقَامَ الْعَيْنِ فَصَارَ قَابِضًا له

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْبَائِعَ خَلَطَ مِلْكَ الْمُشْتَرِي بِمِلْكِ نَفْسِهِ في الْحَالِ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي فَكَانَ مُضَافًا إلَى الْمُشْتَرِي وَالْخَلْطُ من أَسْبَابِ التَّمَلُّكِ في الْجُمْلَةِ فَيَمْلِكُ الْمُشْتَرِي الدَّيْنَ بِالْخَلْطِ وقد جَعَلَهُ في غَرَائِرِهِ بِأَمْرِهِ فَصَارَ قَابِضًا له وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَوْ بَاعَ قُطْنًا في فِرَاشٍ أو حِنْطَةً في سُنْبُلٍ وسلم كَذَلِكَ فَإِنْ أَمْكَنَ الْمُشْتَرِيَ

قَبْضُ الْقُطْنِ أو الْحِنْطَةِ من غَيْرِ فَتْقِ الْفِرَاشِ أو دَقُّ السُّنْبُلِ صَارَ قَابِضًا له لِحُصُولِ مَعْنَى الْقَبْضِ وهو التَّخَلِّي وَالتَّمَكُّنُ من التَّصَرُّفِ وَإِنْ لم يُمْكِنْهُ إلَّا بِالْفَتْقِ وَالدَّقِّ لم يَصِرْ قَابِضًا له لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْفَتْقَ أو الدَّقَّ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ في مِلْكِ الْبَائِعِ وهو لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في مِلْكِهِ فلم يَحْصُلْ التَّمَكُّنُ وَالتَّخَلِّي فَلَا يَصِيرُ قَابِضًا وَلَوْ بَاعَ الثَّمَرَةَ على الشَّجَرَةِ وسلم كَذَلِكَ صَارَ قَابِضًا لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ الْجِذَاذُ من غَيْرِ تَصَرُّفٍ في مِلْكِ

(5/247)

الْبَائِعِ فَحَصَلَ التَّخَلِّي بِتَسْلِيمِ الشَّجَرِ فَكَانَ قَبْضًا بِخِلَافِ بَيْعِ الْقُطْنِ في الْفِرَاشِ وَالْحِنْطَةِ في السُّنْبُلِ وَلِهَذَا قالوا إنَّ أُجْرَةَ الْجِذَاذِ على الْمُشْتَرِي وَأُجْرَةَ الْفَتْقِ وَالدَّقِّ على الْبَائِعِ إذَا كان الْمُشْتَرِي لَا يُمْكِنُهُ الْقَبْضُ إلَّا بِهِ لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا لِلثَّمَنِ بِتَسْلِيمِ الشَّجَرِ فَكَانَ الْجَاذُّ عَامِلًا لِلْمُشْتَرِي فَكَانَتْ الْأُجْرَةُ عليه ولم يَحْصُلْ الْقَبْضُ بِتَسْلِيمِ الْفِرَاشِ وَالسُّنْبُلِ فَكَانَ الْفَتْقُ وَالدَّقُّ على الْبَائِعِ مِمَّا يَتَحَقَّقُ بِهِ التَّسْلِيمُ فَكَانَتْ أُجْرَتُهُ عليه
هذا إذَا كان الْمَبِيعُ في يَدِ الْبَائِعِ وَقْتَ الْبَيْعِ فَأَمَّا إذَا كان في يَدِ الْمُشْتَرِي فَهَلْ يَصِيرُ قَابِضًا لِلْبَيْعِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ أَمْ يَحْتَاجُ فيه إلَى تَجْدِيدِ الْقَبْضِ فَالْأَصْلُ فيه أَنَّ الْمَوْجُودَ وَقْتَ الْعَقْدِ إنْ كان مِثْلَ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ يَنُوبُ مَنَابَهُ وَإِنْ لم يَكُنْ مثله فَإِنْ كان أَقْوَى من الْمُسْتَحَقِّ نَابَ عنه وَإِنْ كان دُونَهُ لَا يَنُوبُ لِأَنَّهُ إذَا كان مثله أَمْكَنَ تَحْقِيقُ التَّنَاوُبِ لِأَنَّ الْمُتَمَاثِلَيْنِ غَيْرَانِ يَنُوبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنَابَ صَاحِبِهِ وَيَسُدُّ مَسَدَّهُ وأن كان أَقْوَى منه يُوجَدُ فيه الْمُسْتَحَقُّ وَزِيَادَةٌ وَإِنْ كان دُونَهُ لَا يُوجَدُ فيه إلَّا بَعْضُ الْمُسْتَحَقِّ فَلَا يَنُوبُ عن كُلِّهِ
وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلَ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيها أَنَّ يَدَ الْمُشْتَرِي قبل الشِّرَاءِ إمَّا إن كانت يَدَ ضَمَانٍ وَإِمَّا إن كانت يَدَ أَمَانَةٍ فَإِنْ كانت يَدَ ضَمَانٍ فَإِمَّا إن كانت يَدَ ضَمَانٍ بِنَفْسِهِ وَإِمَّا إن كانت يَدَ ضَمَانٍ بِغَيْرِهِ فَإِنْ كانت يَدَ ضَمَانٍ بِنَفْسِهِ كيدا (((كيد))) لغاصب (((الغاصب))) يَصِيرُ الْمُشْتَرِي قَابِضًا لمبيع (((للمبيع))) بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَلَا يَحْتَاجُ إلَى تَجْدِيدِ الْقَبْضِ سَوَاءٌ كان الْمَبِيعُ حَاضِرًا أو غَائِبًا لِأَنَّ الْمَغْصُوبَ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ وَالْمَبِيعُ بَعْدَ الْقَبْضِ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ فَتَجَانَسَ الْقَبْضَانُ فَنَابَ أَحَدُهُمَا عن الْآخَرِ لِأَنَّ التَّجَانُسَ يَقْتَضِي التَّشَابُهَ وَالْمُتَشَابِهَانِ يَنُوبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنَابَ صَاحِبِهِ وَيَسُدُّ مَسَدَهُ سَوَاءٌ كان الْمَبِيعُ حَاضِرًا أو غَائِبًا لِأَنَّ يَدَ الْغَاصِبِ في الْحَالَيْنِ يَدُ ضَمَانٍ وَإِنْ كان يَدُهُ يَدَ ضَمَانٍ لِغَيْرِهِ كَيَدِ الرَّهْنِ بِأَنْ بَاعَ الرَّاهِنُ الْمَرْهُونَ من الْمُرْتَهِنِ فإنه لَا يَصِيرُ قَابِضًا إلَّا أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ حَاضِرًا أو يَذْهَبَ إلَى حَيْثُ الرَّهْنِ وَيَتَمَكَّنُ من قَبْضِهِ لِأَنَّ الْمَرْهُونَ ليس بِمَضْمُونٍ بِنَفْسِهِ بَلْ بِغَيْرِهِ وهو الدَّيْنُ وَالْمَبِيعُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ فلم يَتَجَانَسْ الْقَبْضَانُ فلم يَتَشَابَهَا فَلَا يَنُوبُ أَحَدُهُمَا عن الْآخَرِ

وَلِأَنَّ الرَّهْنَ أَمَانَةٌ في الْحَقِيقَةِ فَكَانَ قَبْضُهُ قَبْضَ أَمَانَةٍ
وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ بِهَلَاكِهِ لِمَعْنًى آخَرَ لَا لِكَوْنِهِ مَضْمُونًا على ما عُرِفَ
وَإِذَا كان أَمَانَةً فَقَبْضُ الْأَمَانَةِ لَا يَنُوبُ عن قَبْضِ الضَّمَانِ كَقَبْضِ الْعَارِيَّةِ والوديعة
وَإِنْ كانت يَدُ الْمُشْتَرِي يَدَ أَمَانَةٍ كَيَدِ الْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَّةِ لَا يَصِيرُ قَابِضًا إلَّا أَنْ

يَكُونَ بِحَضْرَتِهِ أو يَذْهَبُ إلَى حَيْثُ يَتَمَكَّنُ من قَبْضِهِ بِالتَّخَلِّي
لِأَنَّ يَدَ الْأَمَانَةِ لَيْسَتْ من جِنْسِ يَدِ الضَّمَانِ فَلَا يَتَنَاوَبَانِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَلَوْ اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي في قَبْضِ الْمَبِيعِ فقال الْبَائِعُ قَبَضْتَهُ
وقال الْمُشْتَرِي لم أَقْبِضْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ البايع يَدَّعِي عليه وُجُودَ الْقَبْضِ وَتَقَرُّرَ الثَّمَنِ وهو يُنْكِرُ وَلِأَنَّ عَدَمَ الْقَبْضِ أَصْلٌ وَالْوُجُودُ عَارِضٌ فَكَانَ الْمُشْتَرِي تمسكا (((متمسكا))) بِالْأَصْلِ والبايع (((والبائع))) يَدَّعِي أَمْرًا عَارِضًا فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْمُشْتَرِي فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ
وَكَذَا إذَا قَبَضَ بَعْضَهُ وَاخْتَلَفَا في قَدْرِ الْمَقْبُوضِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِمَا قُلْنَا وَلَوْ اخْتَلَفَا في قَبْضِ الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ لِمَا قُلْنَا في قَبْضِ الْمَبِيعِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ اخْتَلَفَا فقال الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي قَطَعْتَ يَدَهُ فَصِرْتَ قَابِضًا وقال الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ أنت قَطَعْتَ يَدَهُ وَانْفَسَخَ الْبَيْعُ فيه لم يُقْبَلْ قَوْلُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على صَاحِبِهِ وَيُجْعَلُ كأنه (((كأن))) يَدَهُ ذَهَبَتْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ لِتَعَارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ وَانْعِدَامِ دَلِيلِ التَّرْجِيحِ لِأَحَدِهِمَا فَلَا يَكُونُ قَوْلُ أَحَدِهِمَا بِالْقَبُولِ على صَاحِبِهِ أَوْلَى من قَوْلِ الْآخَرِ فَلَا يُقْبَلُ وَيُجْعَلُ كَأَنَّهَا ذَهَبَتْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي لِتَغَيُّرِ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ على الْبَائِعِ فَإِنْ اخْتَارَ الْأَخْذَ يَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على دَعْوَى صَاحِبِهِ وَيَأْخُذُ
كَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في شَرْحِهِ
أَمَّا تَحْلِيفُ الْبَائِعِ فَلَا إشْكَالَ فيه لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ يَدَّعِي عليه سُقُوطَ بَعْضِ الثَّمَنِ وهو يُنْكِرُ فَيَحْلِفُ لِأَنَّهُ إذَا حَلَفَ لَا يَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي شَيْءٌ من الثَّمَنِ فَكَانَ تَحْلِيفُهُ مُفِيدًا
وَأَمَّا تَحْلِيفُ الْمُشْتَرِي فَمُشْكِلٌ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ شيئا لِأَنَّهُ يَأْخُذُهُ بَعْدَ الْحَلِفِ بِكُلِّ الثَّمَنِ وَهَذَا فِيمَا إذَا اخْتَارَ الْمُشْتَرِي الرَّدَّ على الْبَائِعِ لِأَنَّهُ لَا يَحْلِفُ الْبَائِعُ بَلْ يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ لِأَنَّ تَحْلِيفَ الْبَائِعِ لَا يُفِيدُهُ شيئا حَيْثُ يَرُدُّهُ عليه
وَكَذَلِكَ لو كان الْمَبِيعُ مِمَّا يُكَالُ أو يُوزَنُ فَذَهَبَ بَعْضُهُ فَاخْتَلَفَا فقال الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي أنت أَكَلْتَ وقال الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ مِثْلَ ذلك إنه لَا يُقْبَلُ قَوْلُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على صَاحِبِهِ وَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ ذَهَبَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ لِمَا قُلْنَا وَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ إلَّا أَنَّ هُنَاكَ إنْ اخْتَارَ الْأَخْذَ أَ

خذ الْبَاقِيَ بِمَا بَقِيَ من الثَّمَنِ لِأَنَّ الْقَدْرَ في الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مَعْقُودٌ عليه فَكَانَ له حِصَّةٌ من الثَّمَنِ وَالْأَطْرَافُ من الْحَيَوَانِ جَارِيَةٌ مَجْرَى الْأَوْصَافِ فَلَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ إلَّا إذَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالْقَبْضِ أو بِالْجِنَايَةِ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هَهُنَا أَيْضًا أَنَّهُ يَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على دَعْوَى صَاحِبِهِ وَيَأْخُذُ وَلَا إشْكَالَ هَهُنَا في تَحْلِيفِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ التَّحْلِيفَ مُفِيدٌ في حَقِّهِ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي عليه كُلَّ الثَّمَنِ وهو يُنْكِرُ فَيَنْدَفِعُ عنه لُزُومُ كل الثَّمَنِ بِالْحَلِفِ فَكَانَ مُفِيدًا
وَأَمَّا تَحْلِيفُ الْبَائِعِ فَفِيهِ إشْكَالٌ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ يَدَّعِي عليه سُقُوطَ بَعْضِ الثَّمَنِ

وَذَا حَاصِلٌ له من غَيْرِ تَحْلِيفِهِ فلم يَكُنْ تَحْلِيفُهُ مُفِيدًا في حَقِّهِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْلِفَ
وَإِنْ اخْتَارَ الرَّدَّ على الْبَائِعِ حَلَفَ الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ دُونَ الْبَائِعِ لِمَا قُلْنَا فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّهَا قَامَتْ على أَمْرٍ جَائِزِ الْوُجُودِ وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْبَائِعِ لِأَنَّهَا مُثْبِتَةٌ
أَلَا تَرَى أنها تُوجِبُ دُخُولَ السِّلْعَةِ في ضَمَانِ الْمُشْتَرِي وَتُقَرِّرُ الثَّمَنَ عليه وَبَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي نَافِيَةٌ فَالْمُثْبِتَةُ أَوْلَى
وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا ثُبُوتُ حَقِّ الْحَبْسِ لِلْمَبِيعِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ وَهَذَا عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في قَوْلٍ يُسَلَّمَانِ مَعًا وفي قَوْلٍ يُسَلَّمُ الْمَبِيعُ أَوَّلًا ثُمَّ يُسَلَّمُ الثَّمَنُ
أَمَّا قَوْلُهُ الْأَوَّلُ فَبِنَاءً على أَصْلِهِ الذي ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وهو أَنَّ الثَّمَنَ وَالْمَبِيعَ من الْأَسْمَاءِ الْمُتَرَادِفَةِ عِنْدَهُ وَيَتَعَيَّنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّعْيِينِ فَكَانَ كُلُّ ثَمَنٍ مَبِيعًا وَكُلُّ مبيعا (((مبيع))) ثَمَنًا
وَأَمَّا قَوْلُهُ الثَّانِي وهو أَنَّ في تَقْدِيمِ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ صِيَانَةَ الْعَقْدِ عن الِانْفِسَاخِ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ وَلَيْسَ ذلك في تَقْدِيمِ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ لو هَلَكَ الْمَبِيعُ قبل الْقَبْضِ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ وَإِنْ قَبَضَ الثَّمَنَ فَكَانَ تَقْدِيمُ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ أَوْلَى صِيَانَةً لِلْعَقْدِ عن الِانْفِسَاخِ ما أَمْكَنَ
وَلَنَا قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الدَّيْنُ مَقْضِيٌّ وَصَفَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الدَّيْنَ بِكَوْنِهِ مَقْضِيًّا عَامًّا أو مُطْلَقًا فَلَوْ تَأَخَّرَ تَسْلِيمُ الثَّمَنِ عن تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ لم يَكُنْ هذا الدَّيْنُ مَقْضِيًّا وَهَذَا خِلَافُ النَّصِّ
وَرُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال ثَلَاثٌ لَا يُؤَخَّرْنَ الْجِنَازَةُ إذَا حَضَرَتْ وَالْأَيِّمُ إذَا وَجَدَتْ لها كفء وَالدَّيْنُ إذَا وَجَدْتَ ما يَقْضِيهِ وَتَقْدِيمُ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ تَأْخِيرُ الدَّيْنِ وإنه مَنْفِيٌّ بِظَاهِرِ النَّصِّ وَلِأَنَّ الْمُعَاوَضَاتِ مَبْنَاهَا على الْمُسَاوَاةِ عَادَةً وَحَقِيقَةً وَلَا تَتَحَقَّقُ الْمُسَاوَاةُ إلَّا بِتَقْدِيمِ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مُتَعَيِّنٌ قبل التَّسْلِيمِ وَالثَّمَنَ لَا يَتَعَيَّنُ إلَّا بِالتَّسْلِيمِ على أَصْلِنَا فَلَا بُدَّ من تَسْلِيمِهِ أَوَّلًا تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ
وَقَوْلُهُ فِيمَا قُلْتَهُ صِيَانَةٌ لِلْعَقْدِ عن الِانْفِسَاخِ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ
قُلْنَا هَلَاكُهُ قبل تَسْلِيمِ الثَّمَنِ نَادِرٌ وَالنَّادِرُ مُلْحَقٌ بِالْعَدَمِ فَيَلْزَمُ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْمُسَاوَاةِ ثُمَّ الْكَلَامُ في هذا الْحُكْمِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ شَرْطِ ثُبُوتِ هذا الْحُكْمِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ ما يَبْطُلُ بِهِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ
أَمَّا شَرْطُ ثُبُوتِهِ فَشَيْئَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ الْبَدَلَيْنِ عَيْنًا وَالْآخَرُ دَيْنًا فَإِنْ كَانَا عَيْنَيْنِ أو دَيْنَيْنِ فَلَا يَثْبُتُ حَقُّ الْحَبْسِ بَلْ يُسَلَّمَانِ مَعًا لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ حَالًّا فَإِنْ كان مُؤَجَّلًا لَا يَثْبُتُ حَقُّ الْحَبْسِ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْحَبْسِ تَثْبُتُ حَقًّا لِلْبَائِعِ لطلبة الْمُسَاوَاةَ عَادَةً لِمَا بَيَّنَّا وَلَمَّا بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ فَبَطَلَتْ الْوِلَايَةُ
وَلَوْ كان الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا في الْعَقْدِ فلم يَقْبِضْ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ حتى حَلَّ الْأَجَلُ فَلَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ حَقُّ الْحَبْسِ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ بِالتَّأْجِيلِ وَالسَّاقِطُ متلاشي (((متلاش))) فَلَا يَحْتَمِلُ الْعَوْدَ
وَكَذَلِكَ لو طَرَأَ الْأَجَلُ على الْعَقْدِ بِأَنْ أَخَّرَ الثَّمَنُ بَعْدَ الْعَقْدِ فلم يَقْبِضْ الْبَائِعُ حتى حَلَّ الْأَجَلُ له أَنْ يَقْبِضَهُ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ وَلَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ حَبْسَهُ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فلم يَقْبِضْ الْمُشْتَرِي حتى حَلَّ الْأَجَلُ هل له أَجَلٌ آخَرُ في

الْمُسْتَقْبَلِ
يُنْظَرُ إنْ ذَكَرَا أَجَلًا مُطْلَقًا بِأَنْ ذَكَرَا سَنَةً مُطْلَقَةً غير مُعَيَّنَةٍ فَلَهُ أَجَلٌ آخَرُ هو سَنَةٌ أُخْرَى من حِينِ يَقْبِضُ الْمَبِيعَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الثَّمَنُ حَالٌ وَلَيْسَ له أَجَلٌ آخَرُ
وَإِنْ ذَكَرَا أَجَلًا بِعَيْنِهِ بِأَنْ بَاعَهُ إلَى رَمَضَانَ فلم يَقْبِضْهُ الْمُشْتَرِي حتى مَضَى رَمَضَانُ صَارَ الثَّمَنُ حَالًا بِالْإِجْمَاعِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ السَّنَةَ الْمُطْلَقَةَ تَنْصَرِفُ إلَى سَنَةٍ تَعْقُبُ الْعَقْدَ بِلَا فَصْلٍ فإذا مَضَتْ انْتَهَى الْأَجَلُ كما لو عُيِّنَ الْأَجَلُ نَصًّا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَصْلَ في الثَّمَنِ شُرِعَ نَظَرًا لِلْمُشْتَرِي لِيَنْتَفِعَ بِالْمَبِيعِ في الْحَالِ مع تَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ بِالثَّمَنِ وَلَنْ يَحْصُلَ هذا الْغَرَضُ له إلَّا وَأَنْ يَكُونَ اعْتِبَارُ الْأَجَلِ من وَقْتِ قَبْضِ الْمَبِيعِ فَكَانَ هذا تَأْجِيلًا من هذا الْوَقْتِ دَلَالَةً بِخِلَافِ ما إذَا عَيَّنَ الْأَجَلَ لِأَنَّهُ نَصَّ على تَعَيُّنِهِ فَوَجَبَ اعْتِبَارُ الْمَنْصُوصِ عليه إذْ لَا دَلَالَةَ مع النَّصِّ بِخِلَافِهَا
وَلَوْ كان في الْبَيْعِ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهُمَا أو لِأَحَدِهِمَا وَالْأَجَلُ مُطْلَقٌ فَابْتِدَاءُ الْأَجَلِ من حِينِ وُجُوبِ الْعَقْدِ

وهو وَقْتُ سُقُوطِ الْخِيَارِ لَا من حِينِ وُجُودِهِ لِأَنَّ تَأْجِيلَ الثَّمَنِ هو تَأْخِيرُهُ عن وَقْتِ وُجُوبِهِ وَوَقْتُ وُجُوبِهِ هو وَقْتُ الْعَقْدِ وَانْبِرَامِهِ لَا قَبْلَهُ إذْ لَا وُجُوبَ لِلثَّمَنِ قَبْلَهُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَبْطُلُ بِهِ حَقُّ الْحَبْسِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وما لَا يَبْطُلُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إذَا أَخَّرَ الثَّمَنَ بَعْدَ الْعَقْدِ بَطَلَ حَقُّ الْحَبْسِ لِأَنَّهُ أَخَّرَ حَقَّ نَفْسِهِ في قَبْضِ الثَّمَنِ فَلَا يَتَأَخَّرُ حَقُّ الْمُشْتَرِي في قَبْضِ الْمَبِيعِ
وَكَذَا الْمُشْتَرِي إذَا نَقَدَ الثَّمَنَ كُلَّهُ أو أَبْرَأَهُ الْبَائِعُ عن كُلِّهِ بَطَلَ حَقُّ الْحَبْسِ لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ وَاسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ وَلَا ثَمَنَ مُحَالٌ
وَلَوْ نَقَدَ الثَّمَنَ كُلَّهُ إلَّا دِرْهَمًا كان له حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ جَمِيعِهِ لِاسْتِيفَاءِ الْبَاقِي لِأَنَّ الْمَبِيعَ في اسْتِحْقَاقِ الْحَبْسِ بِالثَّمَنِ لَا يَتَجَزَّأُ فَكَانَ كُلُّ الْمَبِيعِ مَحْبُوسًا بِكُلِّ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الثَّمَنِ
وَكَذَلِكَ لو بَاعَ شَيْئَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً وَسَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا فَنَقَدَ الْمُشْتَرِي حِصَّةَ أَحَدِهِمَا كان لِلْبَائِعِ حَبْسُهُمَا حتى يَقْبِضَ حَقَّ الْآخَرِ لِمَا قُلْنَا وَلِأَنَّ قَبْضَ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ الْوَاحِدَةِ في حَقِّ الْقَبْضِ وَالْمُشْتَرِي لَا يَمْلِكُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ الْوَاحِدَةِ في حَقِّ الْقَبُولِ بِأَنْ يَقْبَلَ الْإِيجَابَ في أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ فَلَا يَمْلِكُ التَّفْرِيقَ في حَقِّ الْقَبْضِ أَيْضًا لِأَنَّ القبض (((للقبض))) شِبْهًا بِالْعَقْدِ
وَكَذَلِكَ لو أَبْرَأَهُ من حِصَّةِ أَحَدِهِمَا فَلَهُ حَبْسُ الْكُلِّ لِاسْتِيفَاءِ الْبَاقِي لِمَا ذَكَرْنَا
وَكَذَلِكَ لو بَاعَ من اثْنَيْنِ فَنَقَدَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ كان له حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ حتى يَقْبِضَ ما على الْآخَرِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ في النَّوَادِرِ أَنَّهُ إذَا نَقَدَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ الثَّمَنِ يَأْخُذُ نِصْفَ الْمَبِيعِ
وَوَجْهُهُ أَنَّ الْوَاجِبَ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الثَّمَنِ فإذا أَدَّى النِّصْفَ فَقَدْ

أَدَّى ما وَجَبَ عليه فَلَا مَعْنَى لِتَوَقُّفِ حَقِّهِ في قَبْضِ الْمَبِيعِ على أَدَاءِ صَاحِبِهِ وَلِأَنَّهُ لو تَوَقَّفَ وَصَاحِبُهُ مُخْتَارٌ في الْأَدَاءِ قد يُؤَدِّي وقد لَا يُؤَدِّي فَيَفُوتُ حَقُّهُ أَصْلًا وَرَأْسًا وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَلِهَذَا جُعِلَ التَّخْلِيَةُ وَالتَّخَلِّي تَسْلِيمًا وَقَبْضًا في الشَّرْعِ على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَبِيعَ في حَقِّ الِاسْتِحْقَاقِ لِحَبْسِ الثَّمَنِ لَا يَحْتَمِلُ التجزي (((التجزؤ))) فَكَانَ اسْتِحْقَاقُ بَعْضِهِ اسْتِحْقَاقَ كُلِّهِ وما ذَكَرْنَا أَنَّ الصَّفْقَةَ وَاحِدَةٌ فَلَا تَحْتَمِلُ التَّفْرِيقَ في الْبَعْضِ كما لَا تَحْتَمِلُهُ في الْقَبُولِ فَإِنْ غَابَ أَحَدُهُمَا لم يُجْبَرْ الْآخَرُ على تَسْلِيمِ كل الثَّمَنِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الثَّمَنِ لَا كُلُّهُ فَلَا يُؤَاخَذُ بِتَسْلِيمِ كُلِّهِ فَإِنْ اخْتَارَ الْحَاضِرُ ذلك وَنَقَدَ كُلَّ الثَّمَنِ وَقَبَضَ الْمَبِيعَ هل يَكُونُ مُتَبَرِّعًا فِيمَا تقدم (((نقد))) أَمْ لَا أخلف (((اختلف))) فيه قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا فِيمَا نَقَدَ وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ عن الشَّرِيكِ الْغَائِبِ حتى يَسْتَوْفِيَ ما نَقَدَ عنه
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هو مُتَبَرِّعٌ في حِصَّتِهِ
وَجْهُ قَوْلِهِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا كما في سَائِرِ الدُّيُونِ وَلَهُمَا أَنَّهُ قَضَى دَيْنَ صَاحِبِهِ بِأَمْرِهِ دَلَالَةً فَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا كما لو قَضَاهُ بِأَمْرِهِ نَصًّا
وَدَلَالَةُ ذلك أَنَّهُ لَمَّا غَابَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ مع عِلْمِهِ أَنَّ صَاحِبَهُ اسْتَحَقَّ قَبْضَ نَصِيبِهِ من الْمَبِيعِ بِتَسْلِيمِ حِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَلَا يُمْكِنُهُ الْوُصُولُ إلَيْهِ إلَّا بِتَسْلِيمِ كل الثَّمَنِ كان إذْنًا له بِتَسْلِيمِ حِصَّتِهِ من الثَّمَنِ فَكَانَ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ دَلَالَةً فلم يَكُنْ مُتَطَوِّعًا وَصَارَ هذا كَمَنْ أَعَارَ مَالَهُ إنْسَانًا لِيَرْهَنَهُ بِدَيْنِهِ فَرَهَنَ ثُمَّ أفتكه الْغَيْرُ من مَالِ نَفْسِهِ لَا يَكُونُ تبرعا (((متبرعا))) وَيَرْجِعُ على الرَّاهِنِ لِأَنَّ الرَّاهِنَ لَمَّا عَلِمَ أَنَّهُ عَلَّقَ مَالَ الْغَيْرِ بِدَيْنِهِ وَلَا يَزُولُ الْعُلُوقُ إلَّا بِانْفِكَاكِهِ فَكَانَ ادنا (((إذنا))) له بِالْفِكَاكِ دَلَالَةً كَذَا هذا وَلَهُ حَقُّ حَبْسِ الْعَبْدِ إلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ ما نَقَدَ عنه كما لو نَقَدَ بِأَمْرِهِ نَصًّا وَلَوْ أَدَّى جَمِيعَ الثَّمَنِ وَقَبَضَ الْعَبْدَ ثُمَّ هَلَكَ في يَدِهِ قبل الْحَبْسِ يَرْجِعُ على شَرِيكِهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ أَدَّى عنه بِأَمْرِهِ دَلَالَةً على ما ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَالرَّهْنُ بِالثَّمَنِ وَالْكَفَالَةُ بِهِ لَا يُبْطِلَانِ حَقَّ الْحَبْسِ لِأَنَّهُمَا لَا يُسْقِطَانِ الثَّمَنَ عن ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي وَلَا حَقَّ الْمُطَالَبَةِ بِهِ فَكَانَتْ الْحَاجَةُ إلَى تَعْيِينِهِ بِالْقَبْضِ قَائِمَةً فَيَبْقَى حَقُّ الْحَبْسِ لِاسْتِيفَائِهِ وَأَمَّا الْحَوَالَةُ بِالثَّمَنِ فَهَلْ تُبْطِلُ حَقَّ الْحَبْسِ قال أبو يُوسُفَ تُبْطِلُ سَوَاءٌ كانت الْحَوَالَةُ من الْمُشْتَرِي بِأَنْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ على إنْسَانٍ وَقَبِلَ الْمُحَالُ عليه الْحَوَالَةَ أو من الْبَائِعِ بِأَنْ أَحَالَ الْبَائِعُ غَرِيمًا له على الْمُشْتَرِي
وقال مُحَمَّدٌ إنْ كانت الْحَوَالَةُ من الْمُشْتَرِي لَا تَبْطُلُ وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَحْبِسَ الْمَبِيعَ حتى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ من الْمُحَالِ عليه وَإِنْ كانت من الْبَائِعِ فَإِنْ كانت مُطْلَقَةً لَا تَبْطُلُ أَيْضًا وَإِنْ كانت مُقَيَّدَةً بِمَا عليه تَبْطُلُ فَأَبُو يُوسُفَ أَرَادَ بَقَاءَ الْحَبْسِ على بَقَاءِ الدَّيْنِ في ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي وَذِمَّتُهُ بَرِئَت من دَيْنِ الْمُحِيلِ بِالْحَوَالَةِ فَيَبْطُلُ حَقُّ الْحَبْسِ وَمُحَمَّدٌ اعْتَبَرَ بَقَاءَ حَقِّ الْمُطَالَبَةِ لِبَقَاءِ حَقِّ الْحَبْسِ وَحَقُّ الْمُطَالَبَةِ لم يَبْطُلْ بِحَوَالَةِ

الْمُشْتَرِي
أَلَا تَرَى أَنَّ له أَنْ يُطَالِبَ الْمُحَالَ عليه فلم يَبْطُلْ حَقُّ الْحَبْسِ وَبَطَلَتْ حَوَالَةُ الْبَائِعِ إذَا كانت مُقَيَّدَةً بِمَا على الْمُحَالِ عليه فَبَطَلَ حَقُّ الْحَبْسِ
وَالصَّحِيحُ اعْتِبَارُ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ في الشَّرْعِ يَدُورُ مع حَقِّ الْمُطَالَبَةِ بِالثَّمَنِ لَا مع قِيَامِ الثَّمَنِ في ذَاتِهِ بِدَلِيلِ أَنَّ الثَّمَنَ إذَا كان مُؤَجَّلًا لَا يَثْبُتُ حَقُّ الْحَبْسِ وَالثَّمَنُ في ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي قَائِمٌ وَإِنَّمَا سَقَطَتْ الْمُطَالَبَةُ دَلَّ أَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ يَتْبَعُ حَقَّ الْمُطَالَبَةِ بِالثَّمَنِ لَا قِيَامُ الثَّمَنِ في ذَاتِهِ وَحَقَّ الْمُطَالَبَةِ في حَوَالَةِ الْمُشْتَرِي وَحَوَالَةُ الْبَائِعِ إذَا كانت مُطْلَقَةً فَكَانَ حَقُّ الْحَبْسِ ثَابِتًا وفي حَوَالَةِ الْبَائِعِ إذَا كانت مُقَيَّدَةً يَنْقَطِعُ فلم يَنْقَطِعْ حَقُّ الْحَبْسِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا أَحَالَ الرَّاهِنُ الْمُرْتَهِنَ بِدَيْنِهِ على رَجُلٍ أو أَحَالَ الْمُرْتَهِنُ غَرِيمًا له بِدَيْنِهِ على الرَّاهِنِ حَوَالَةً مُطْلَقَةً أو مُقَيَّدَةً أَنَّهُ يَبْطُلُ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ في حَقِّ حَبْسِ الرَّهْنِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَبْطُلُ في حَوَالَةِ الرَّاهِنِ
وَكَذَا في حَوَالَةِ الْمُرْتَهِنِ إذَا كانت مُطْلَقَةً وَإِنْ كانت مُقَيَّدَةً تَبْطُلُ
وَلَوْ أَعَارَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ لِلْمُشْتَرِي أو أَوْدَعَهُ بَطَلَ حَقُّ الْحَبْسِ حتى لَا يَمْلِكَ اسْتِرْدَادَهُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ عَقْدَ الْإِعَارَةِ وَالْإِيدَاعَ ليس بِعَقْدٍ لَازِمٍ فَكَانَ له وِلَايَةُ الِاسْتِرْدَادِ كَالْمُرْتَهِنِ إذَا أَعَارَ الرَّهْنَ من الرَّاهِنِ أو أَوْدَعَهُ إيَّاهُ له أَنْ يَسْتَرِدَّهُ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْإِعَارَةَ وَالْإِيدَاعَ أَمَانَةٌ في يَدِ الْمُشْتَرِي وهو لَا يَصْلُحُ نَائِبًا عن الْبَائِعِ في الْيَدِ لِأَنَّهُ أَصْلٌ في الْمِلْكِ فَكَانَ أَصْلًا في الْيَدِ فإذا وَقَعَتْ الْعَارِيَّةُ أو الْوَدِيعَةُ في يَدِهِ وَقَعَتْ بِجِهَةِ الْأَصَالَةِ وَهِيَ يَدُ الْمِلْكِ وَيَدُ الْمِلْكِ يَدٌ لَازِمَةٌ فَلَا يَمْلِكُ إبْطَالَهَا بِالِاسْتِرْدَادِ وَبِخِلَافِ الرَّهْنِ فإن الْمُرْتَهِنَ في الْيَدِ الثَّابِتَةِ بِعَقْدِ الرَّهْنِ بِمَنْزِلَةِ الْمِلْكِ فَيُمْكِنُ تَحْقِيقُ مَعْنَى الْإِنَابَةِ وَيَدُ النِّيَابَةِ لَا تَكُونُ لَازِمَةً فَمَلَكَ الِاسْتِرْدَادَ
وَلَوْ قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ بَطَلَ حَقُّ الْحَبْسِ حتى لَا يَمْلِكَ الِاسْتِرْدَادَ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ حَقَّهُ بِالْإِذْنِ بِالْقَبْضِ وَلَوْ قَبَضَ بِغَيْرِ إذْنِهِ لم يَبْطُلْ وَلَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ لِأَنَّ حَقَّ الْإِنْسَانِ لَا يَجُوزُ إبْطَالُهُ عليه من غَيْرِ رِضَاهُ
وَلَوْ كان الْمُشْتَرِي تَصَرَّفَ فيه نُظِرَ في ذلك إنْ كان تَصَرُّفًا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ كَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ والأمهار فَسَخَهُ وَاسْتَرَدَّهُ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ وَإِنْ كان تَصَرُّفًا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ كَالْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ لَا يَمْلِكُ الِاسْتِرْدَادَ لِأَنَّ الِاسْتِرْدَادَ وَالْإِعَارَةَ إلَى الْحَبْسِ إمَّا إن كان مع نَقْضِ هذه التَّصَرُّفَاتِ وَإِمَّا إن كان مع قِيَامِهَا لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ هذه التَّصَرُّفَاتِ لَا تَحْتَمِلُ النَّقْضَ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهَا إذَا بَقِيَتْ كانت الْإِعَادَةُ إلَى الْحَبْسِ حَبْسَ الْجُزْءِ من كل وَجْهٍ أو من وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ وَكُلُّ ذلك لَا يَجُوزُ فَبَطَلَ حَقُّ الْحَبْسِ أَصْلًا وَلَوْ نَقَدَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ فَوَجَدَهُ الْبَائِعُ زُيُوفًا أو سُتُّوقًا أو مُسْتَحَقًّا أو وَجَدَ بَعْضَهُ كَذَلِكَ فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي قَبَضَ الْمَبِيعَ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ لم يَقْبِضْ فَإِنْ كان لم يَقْبِضْهُ كان له حَقُّ الْحَبْسِ في الْفُصُولِ كُلِّهَا لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ ما استوفي حَقَّهُ وَإِنْ كان قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي يُنْظَرُ إنْ كان قَبَضَهُ بِغَيْرِ إذْنِ الْبَائِعِ فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ في الْفُصُولِ كُلِّهَا لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ إنْ كان الْمُشْتَرِي تَصَرَّفَ في الْمَبِيعِ فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَفْسَخَ تَصَرُّفَهُ وَيَسْتَرِدَّ الْمَبِيعَ إلَّا إذَا كان تَصَرُّفًا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَلَا يُفْسَخُ وَيُطَالَبُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَلَوْ نَقَدَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ قبل أَنْ يَفْسَخَ التَّصَرُّفَ الذي يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ لَا يُفْسَخُ

لِأَنَّهُ لَمَّا نَقَدَ الثَّمَنَ فَقَدْ بَطَلَ حَقُّهُ في الْحَبْسِ فَبَطَلَ حَقُّ الْفَسْخِ وَالِاسْتِرْدَادِ
وَإِنْ كان قَبَضَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ يُنْظَرُ إنْ وَجَدَهُ زُيُوفًا فَرَدَّهَا لَا يَمْلِكُ اسْتِرْدَادَ الْمَبِيعِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ له أَنْ يَسْتَرِدَّ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ الْبَائِعَ ما رضي بِزَوَالِ حَقِّ الْحَبْسِ إلَّا بِوُصُولِ حَقِّهِ إلَيْهِ وَحَقُّهُ في الثَّمَنِ السَّلِيمِ لَا في الْمَعِيبِ فإذا وَجَدَهُ مَعِيبًا فلم يُسَلَّمْ له حَقُّهُ فَكَانَ له أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَبِيعَ حتى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَالرَّاهِنِ إذَا قضي دَيْنَ الْمُرْتَهِنِ وَقَبَضَ الرَّهْنَ ثُمَّ إنَّ الْمُرْتَهِنَ وَجَدَ الْمَقْبُوضَ زُيُوفًا كان له أَنْ يَرُدَّهُ وَيَسْتَرِدَّ الرَّهْنَ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَلَنَا أَنَّ الْبَائِعَ يُسَلِّمُ الْمَبِيعَ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ جِنْسِ حَقِّهِ فَلَا يَمْلِكُ الِاسْتِرْدَادَ بَعْدَ ما اسْتَوْفَى حَقَّهُ وَدَلَالَةُ ذلك أَنَّ الزُّيُوفَ جِنْسُ حَقِّهِ من حَيْثُ الْأَصْلُ وَإِنَّمَا الْفَائِتُ صِفَةُ الْجَوْدَةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو تَجَوَّزَ بِهِ في الصَّرْفِ وَالسَّلَم جَازَ وَلَوْ لم يَكُنْ من جِنْسِ حَقِّهِ لَمَا جَازَ لِأَنَّهُ يَكُونُ اسْتِبْدَالًا بِبَدَلِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ وإذا كان الْمَقْبُوضُ جِنْسَ حَقِّهِ فَتَسَلُّمُ الْمَبِيعِ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ جِنْسِ الْحَقِّ يَمْنَعُ من الِاسْتِرْدَادِ بِخِلَافِ الرَّهْنِ لِأَنَّ الِارْتِهَانَ اسْتِيفَاءٌ لِحَقِّهِ من الرَّهْنِ وَالِافْتِكَاكَ إيفَاءٌ من مَالٍ آخَرَ فإذا وُجِدَ زُيُوفًا تَبَيَّنَ أَنَّهُ ما استوفي حَقَّهُ

فَكَانَ له وِلَايَةُ الِاسْتِرْدَادِ
وَالدَّلِيلُ على التَّفْرِقَةِ بين الرَّهْنِ وَالْبَيْعِ أَنَّهُ لو أَعَارَ الْمَبِيعَ الْمُشْتَرِي بَطَلَ حَقُّ الْحَبْسِ حتى لَا يَمْلِكَ اسْتِرْدَادَهُ وَلَوْ أَعَارَ الْمَرْهُونَ الرَّاهِنُ لَا يَبْطُلُ حَقُّ الْحَبْسِ وَلَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ فَإِنْ وَجَدَهُ سُتُّوقًا أو رَصَاصًا أو مُسْتَحَقًّا وَأَخَذَ منه له أَنْ يَرُدَّ بِخِلَافِ الزُّيُوفِ لِأَنَّ الْبَائِعَ إنَّمَا أَذِنَ لِلْمُشْتَرِي بِالْقَبْضِ على أَنَّهُ استوفي حَقَّهُ وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَسْتَوْفِ أَصْلًا وَرَأْسًا لِأَنَّ السَّتُّوقَ وَالرَّصَاصَ لَيْسَا من جِنْسِ حَقِّهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو تَجَوَّزَ بها في الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كان الْإِذْنُ بِالْقَبْضِ على تَقْدِيرِ اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ وقد تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَسْتَوْفِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَكُنْ آذِنًا له بِالْقَبْضِ وَلَا رَاضِيًا بِهِ فَكَانَ له وِلَايَةُ الِاسْتِرْدَادِ
وَلَوْ كان الْمُشْتَرِي تَصَرَّفَ فيه فَلَا سَبِيلَ لِلْبَائِعِ عليه سَوَاءٌ كان تَصَرُّفًا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ كَالْبَيْعِ وَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ وَنَحْوِهَا أو لَا يَكُونُ كَالْإِعْتَاقِ وَنَحْوِهِ بِخِلَافِ ما إذَا قَبَضَهُ بِغَيْرِ إذْنِ الْبَائِعِ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ وَتَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفًا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ أَنَّهُ يُفْسَخُ وَيُسْتَرَدُّ لِأَنَّ هُنَاكَ لم يُوجَدْ الْإِذْنُ بِالْقَبْضِ فَكَانَ التَّصَرُّفُ في الْمَبِيعِ إبْطَالًا لِحَقِّهِ فَيُرَدُّ عليه إذَا كان مُحْتَمِلًا لِلرَّدِّ
وَهَهُنَا وُجِدَ الأذن بِالْقَبْضِ فَكَانَ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي حَاصِلًا عن تَسْلِيطِ الْبَائِعِ فَنَفَذَ وَبَطَلَ حَقُّهُ في الِاسْتِرْدَادِ كَالْمَقْبُوضِ على وَجْهِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إذَا تَصَرَّفَ فيه الْمُشْتَرِي أَنَّهُ يَبْطُلُ حَقُّ الْبَائِعِ في الْفَسْخِ إلَّا أَنَّ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إذَا أَجَّرَ الْمَبِيعَ تُفْسَخُ الْإِجَارَةُ وَهَهُنَا لَا تُفْسَخُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تُفْسَخُ بِالْعُذْرِ وقد تَحَقَّقَ الْعُذْرُ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لِأَنَّهُ مُسْتَحَقُّ الْفَسْخِ حَقًّا لِلشَّرْعِ دَفْعًا لِلْفَسَادِ فَجُعِلَ اسْتِحْقَاقُ الْفَسْخِ بِسَبَبِ الْفَسَادِ عُذْرًا في فَسْخِ الْإِجَارَةِ وَلَا فَسَادَ هَهُنَا فَلَا عُذْرَ في الْفَسْخِ فَلَا يُفْسَخُ
وَلَوْ كان مَكَانَ الْبَيْعِ كِتَابَةٌ فَأَدَّى الْمُكَاتَبُ بَدَلَ الْكِتَابَةِ فَعَتَقَ ثُمَّ وَجَدَ الْمَوْلَى

الْمَقْبُوضَ زُيُوفًا أو مُسْتَحَقًّا فَالْعِتْقُ مَاضٍ فَإِنْ وَجَدَهُ سُتُّوقًا أو رَصَاصًا لَا يَعْتِقُ مما ذَكَرْنَا أَنَّ الزُّيُوفَ من جِنْسِ حَقِّهِ فَصَارَ بِقَبْضِهَا قَابِضًا أَصْلَ حَقِّهِ وَكَذَا قَبْضُ الدَّرَاهِمِ الْمُسْتَحَقَّةِ وَقَعَ صَحِيحًا ظَاهِرًا وَاحْتِمَالُ الْإِجَازَةِ بَعْدَ ظُهُورِ الِاسْتِحْقَاقِ ثَابِتٌ أَيْضًا وَالْعِتْقُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ ظَاهِرًا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بِخِلَافِ ما إذَا وَجَدَهَا سُتُّوقًا أو رَصَاصًا لِأَنَّ ذلك ليس من جِنْسِ حَقِّهِ أَصْلًا وَرَأْسًا فلم يُوجَدْ أو أَبْدَلَ الْكِتَابَةَ فَلَا يَعْتِقُ يُحَقِّقُ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا إذَا حَلَفَ لَا يُفَارِقُ غريمه حتى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ فَقَبَضَ ثُمَّ وَجَدَ الْمَقْبُوضَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ زُيُوفًا أو مُسْتَحَقًّا فَرَدَّ الزُّيُوفَ أو أَخَذَ الْمَالِكُ الْمُسْتَحَقَّةَ بَرَّ في يَمِينِهِ وَإِنْ وَجَدَهُ سُتُّوقًا أو رَصَاصًا حَنِثَ في يَمِينِهِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَوْ قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ ثُمَّ أَفْلَسَ أو مَاتَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ أو بَعْدَ ما نَقَدَ منه شيئا وَعَلَيْهِ دُيُونٌ لِأُنَاسٍ شَتَّى هل يَكُونُ الْبَائِعُ أَحَقَّ بِهِ من سَائِرِ الْغُرَمَاءِ اُخْتُلِفَ فيه قال أَصْحَابُنَا لَا يَكُونُ له بَلْ الْغُرَمَاءُ كلهم أُسْوَةٌ فيه فَيُبَاعُ وَيُقَسَّمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْبَائِعُ أَحَقُّ بِهِ وَإِنْ لم يَكُنْ قَبَضَهُ حتى أَفْلَسَ أو مَاتَ فَإِنْ كان الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا فَهُوَ على هذا الِاخْتِلَافِ وَإِنْ كان حَالًّا فَالْبَائِعُ أَحَقُّ بِهِ بِالْإِجْمَاعِ

احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال إذَا أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي فَوَجَدَ الْبَائِعُ مَتَاعَهُ عِنْدَهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ وَلِأَنَّ الْعَجْزَ عن تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ يُوجِبُ حَقَّ الْفَسْخِ لِلْمُشْتَرِي بِالْإِجْمَاعِ فإن من بَاعَ عَبْدًا فَأَبَقَ قبل الْقَبْضِ أو غُصِبَ أو كانت دَابَّةً فَضَلَّتْ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ وَالْعَجْزُ عن تَسْلِيمِ الثَّمَنِ يُوجِبُ الْفَسْخَ لِلْبَائِعِ أَيْضًا لِأَنَّ الْبَيْعَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وَمَبْنَى الْمُعَاوَضَاتِ على الْمُسَاوَاةِ

وَلَنَا ما رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال من بَاعَ بَيْعًا فَوَجَدَهُ وقد أَفْلَسَ الرَّجُلُ فَهُوَ مَالُهُ بين غُرَمَائِهِ وَهَذَا نَصٌّ وهو عَيْنُ مَذْهَبِنَا وَلِأَنَّ الْبَائِعَ لم يَكُنْ له حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ حَالَ كَوْنِ الْمُشْتَرِي حَيًّا مَلِيًّا فَلَا يَكُونُ أَحَقَّ بِثَمَنِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَإِفْلَاسِهِ لِأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلُ الْمَبِيعِ قَائِمٌ مَقَامَهُ وَاعْتِبَارُ الثَّمَنِ بِالْمَبِيعِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا مُفَارَقَةً في الْأَحْكَامِ

أَلَا تَرَى أَنَّ مِلْكَ الْمَبِيعِ شَرْطُ جَوَازِ الْعَقْدِ وَمِلْكَ الثَّمَنِ ليس بشرط (((شرطا))) فإنه لو اشْتَرَى شيئا بِدَرَاهِمَ لَا يَمْلِكُهَا جَازَ

وَلَوْ بَاعَ شيئا لَا يَمْلِكُهُ لَا يَجُوزُ وَكَذَا لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ في الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ وَالتَّصَرُّفُ في الثَّمَنِ قبل الْقَبْضِ جَائِزٌ وَغَيْرُ ذلك من الْأَحْكَامِ فَكَانَ اعْتِبَارُ الثَّمَنِ بِالْمَبِيعِ على الْإِطْلَاقِ فاسد (((فاسدا))) وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ على ما إذَا قَبَضَ الْمَبِيعَ بِغَيْرِ إذْنِ البايع وَعِنْدَنَا الْبَائِعُ أَحَقُّ بِهِ في هذه الْحَالَةِ إلَّا أَنَّهُ ذَكَرَ الْإِفْلَاسَ وَإِنْ كان حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لَا يَتَقَيَّدُ بِهِ لِأَنَّ الْمَلِيءَ يَتَمَكَّنُ من دَفْعِ الِاسْتِرْدَادِ بِنَقْدِ الثَّمَنِ وَالْمُفْلِسُ لَا يَتَمَكَّنُ من ذلك فَكَانَ ذِكْرُ الْإِفْلَاسِ مفيدا (((مقيدا))) فَحَمَلْنَاهُ على ما قُلْنَا تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ

وَمِنْهَا وُجُوبُ الِاسْتِبْرَاءِ في شِرَاءِ الْجَارِيَةِ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ نَوْعَانِ نَوْعٌ هو مَنْدُوبٌ وَنَوْعٌ هو وَاجِبٌ
أَمَّا الْمَنْدُوبُ إلَيْهِ فَهُوَ اسْتِبْرَاءُ الْبَائِعِ إذَا وطىء جَارِيَةً وَأَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا أو يُخْرِجَهَا عن مِلْكِهِ بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ هو وَاجِبٌ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ شَغْلُ الرَّحِمِ بِمَاءِ الْبَائِعِ فَيَلْزَمُهُ التَّعَرُّفُ عن ذلك بِالِاسْتِبْرَاءِ كما في جَانِبِ الْمُشْتَرِي
وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ لم يُوجَدْ في حَقِّ الْبَائِعِ على ما نَذْكُرُ وَالِاعْتِبَارُ بِالْمُشْتَرِي غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْوُجُوبَ عليه لِصِيَانَةِ مَائِهِ عن الِاخْتِلَاطِ بِمَاءِ الْبَائِعِ وَالْخَلْطُ يَحْصُلُ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي لَا بِفِعْلِ الْبَائِعِ فَتَجِبُ الصِّيَانَةُ عليه بِالِاسْتِبْرَاءِ لَا على الْبَائِعِ إلَّا أَنَّهُ يُنْدَبُ إلَيْهِ لِتَوَهُّمِ اشْتِغَالِ رَحِمِهَا بِمَائِهِ فَيَكُونُ الْبَيْعُ قبل الِاسْتِبْرَاءِ مُبَاشَرَةً شَرْطَ الِاخْتِلَاطِ فَكَانَ الِاسْتِبْرَاءُ مُسْتَحَبًّا
وَكَذَا إذَا وطىء أَمَتَهُ أو مُدَبَّرَتَهُ أو أُمَّ ولد (((ولده))) له ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُزَوِّجَهَا من غَيْرِهِ يُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَفْعَلَ حتى يَسْتَبْرِئَهَا لِمَا قُلْنَا وإذا زَوَّجَهَا قبل الِاسْتِبْرَاءِ أو بَعْدَهُ فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَطَأَهَا من غَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَحَبُّ إلى أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا بِحَيْضَةٍ وَلَسْتُ أُوجِبُهُ عليه
وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ إذَا رَأَى امْرَأَةً تَزْنِي ثُمَّ تَزَوَّجَهَا له أَنْ يَطَأَهَا من غَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ وقال مُحَمَّدٌ أَحَبُّ إلَيَّ أَنْ لَا يَطَأَهَا حتى يَسْتَبْرِئَهَا وَيَعْلَمَ فَرَاغَ رَحِمِهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا الِاسْتِبْرَاءُ الْوَاجِبُ فَهُوَ اسْتِبْرَاءُ الْمُشْتَرِي وَكُلُّ من حَدَثَ له حِلُّ الِاسْتِمْتَاعِ بِالْجَارِيَةِ بِحُدُوثِ مِلْكِ الْيَمِينِ مُطْلَقًا وَالْكَلَامُ فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ وُجُوبِ هذا النَّوْعِ من الِاسْتِبْرَاءِ وفي بَيَانِ سَبَبِ وُجُوبِهِ وفي بَيَانِ ما يَقَعُ بِهِ من الِاسْتِبْرَاءُ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال في سَبَايَا أَوْطَاسٍ أَلَا لَا تُوطَأُ الْحَبَالَى حتى يَضَعْنَ وَلَا الحبالى (((الحيالى))) حتى يُسْتَبْرَأْنَ بِحَيْضَةٍ وَالنَّصُّ الْوَارِدُ في السَّبْيِ يَكُونُ وَارِدًا في سَائِرِ أَسْبَابِ الْمِلْكِ دَلَالَةً لأن الِاسْتِبْرَاءَ طَلَبُ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ وإنه وَاجِبٌ على الْمُشْتَرِي لِأَنَّ بِهِ يَقَعُ الصِّيَانَةُ عن الْخَلْطِ وَالْخَلْطُ حَرَامٌ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال من كان يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَسْقِيَنَّ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ وَالصِّيَانَةُ عن الْحَرَامِ تَكُونُ وَاجِبَةً وَلَا تَقَعُ الصِّيَانَةُ إلَّا بِالِاسْتِبْرَاءِ فَيَكُونُ وَاجِبًا ضَرُورَةً فَلَا يَحِلُّ له وَطْؤُهَا قبل الِاسْتِبْرَاءِ وَلَا أَنْ يَلْمِسَهَا بِشَهْوَةٍ أو يَنْظُرَ إلَى فَرْجِهَا عن شَهْوَةٍ لِأَنَّ كُلَّ ذلك دَاعٍ إلَى الْوَطْءِ وَالْوَطْءُ إذَا حَرُمَ حَرُمَ بِدَوَاعِيهِ كما في بَابِ الظِّهَارِ وَغَيْرِهِ بِخِلَافِ الْحَائِضِ حَيْثُ لم تُحَرَّمْ الدَّوَاعِي منها
لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ هُنَاكَ ليس هو الْوَطْءُ بَلْ اسْتِعْمَالُ الْأَذَى وَالْوَطْءُ حَرَامٌ لِغَيْرِهِ وهو اسْتِعْمَالُ الْأَذَى وَلَا يَجُوزُ ذلك في الدَّوَاعِي فَلَا يَجُوزُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا سَبَبُ وُجُوبِهِ فَهُوَ

حُدُوثِ حِلِّ الِاسْتِمْتَاعِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ لهم قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَتَسَرَّى الْعَبْدُ وَلَا يُسَرِّيهِ مَوْلَاهُ وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ وَلَا الْمُكَاتَبُ شيئا إلَّا

الطَّلَاقَ
وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً من عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ يَنْظُرُ إنْ لم يَكُنْ على الْعَبْدِ دَيْنٌ أَصْلًا أو عليه دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَغْرِقٍ لَا يَجِبُ عليه أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا إذَا كانت حَاضَتْ عِنْدَ الْعَبْدِ ويجتزىء (((ويجتزئ))) بِتِلْكَ الْحَيْضَةِ لِأَنَّ كَسْبَ الْمَأْذُونِ الذي لَا دَيْنَ عليه أو عليه دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَغْرِقٍ مِلْكَ الْمَوْلَى فَقَدْ حَاضَتْ في مِلْكِ نَفْسِهِ فيجتزي (((فيجتزئ))) بها عن الِاسْتِبْرَاءِ وَإِنْ كان عليه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ رَقَبَتَهُ وَكَسْبَهُ يَجِبُ عليه الِاسْتِبْرَاءُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَجِبُ عليه بِنَاءً على أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ كَسْبَ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ دَيْنًا مُسْتَغْرِقًا عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَمْلِكُهُ
وَلَوْ تَبَايَعَا بَيْعًا صَحِيحًا ثُمَّ تَقَايَلَا فَإِنْ كانت الْإِقَالَةُ قبل الْقَبْضِ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ الِاسْتِبْرَاءُ على الْبَائِعِ وهو رِوَايَةُ أبي يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَجِبُ وهو رِوَايَةُ مُحَمَّدٍ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ الْوُجُوبِ في حَقِّهِ وهو حُدُوثُ حِلِّ الِاسْتِمْتَاعِ بِحُدُوثِ مِلْكِ الْيَمِينِ حَقِيقَةً وَإِنْكَارُ الْحَقَائِقِ مُكَابَرَةٌ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْأَقالة قبل الْقَبْضِ فَسْخٌ وَالْفَسْخُ رَفْعٌ من الْأَصْلِ وَإِعَادَةٌ إلَى قَدِيمِ الْمِلْكِ كَأَنَّهُ لم يَزُلْ عن مِلْكِ الْبَائِعِ فلم يُوجَدْ السَّبَبُ مع ما أَنَّ الْمِلْكَ قبل الْقَبْضِ غَيْرُ مُتَأَكِّدٍ وَالتَّأْكِيدُ إثْبَاتٌ من وَجْهٍ فلم يَتَكَامَلْ الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي فلم يَحْدُثْ مِلْكُ الْيَمِينِ لِلْبَائِعِ على الْإِطْلَاقِ فلم يَتَكَامَلْ السَّبَبُ وَإِنْ كانت الْإِقَالَةُ بَعْدَ الْقَبْضِ يَجِبُ
أَمَّا عِنْدَ أبي يُوسُفَ فَلِأَنَّ الْإِقَالَةَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فَكَانَتْ اسْتِحْدَاثًا لِلْمِلْكِ مُطْلَقًا وَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَإِنْ كان فَسْخًا لَكِنْ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ فَأَمَّا في حَقِّ ثَالِثٍ فَبَيْعٌ جَدِيدٌ وَالِاسْتِبْرَاءُ يَجِبُ حَقًّا لِلشَّرْعِ فَاعْتُبِرَ حَقُّ الشَّرْعِ ثَالِثًا في حَقِّ وُجُوبِ الِاسْتِبْرَاءِ احْتِيَاطًا
وَلَوْ رَدَّ الْجَارِيَةَ بِعَيْبٍ أو خِيَارِ رُؤْيَةٍ يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ على الْبَائِعِ لِوُجُودِ السَّبَبِ وهو حُدُوثُ حِلِّ الِاسْتِمْتَاعِ بِحُدُوثِ مِلْكِ الْيَمِينِ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ وَخِيَارَ الْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي
وَأَمَّا الرَّدُّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ فَيُنْظَرُ فيه إنْ كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَلَا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ خِيَارَهُ لَا يَمْنَعُ زَوَالَ السِّلْعَةِ عن مِلْكِهِ فلم يُوجَدْ حُدُوثُ حِلِّ الِاسْتِمْتَاعِ بِحُدُوثِ مِلْكِ الْيَمِينِ
وَإِنْ كان الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي لَا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ على الْبَائِعِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ سَوَاءٌ كان الرَّدُّ قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ بِنَاءً على أَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ دُخُولَ السِّلْعَةِ في مِلْكِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وإذا لم تَدْخُلْ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَإِنْ خَرَجَتْ عن مِلْكِ الْبَائِعِ فَلِأَنَّهَا لم تَخْرُجْ وَبَقِيَتْ على مِلْكِهِ فلم يُوجَدْ سَبَبُ الْوُجُوبِ
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَإِنْ كان الرَّدُّ قبل الْقَبْضِ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ لِأَنَّهَا زَالَتْ عن مِلْكِ الْبَائِعِ وَدَخَلَتْ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي فإذا رُدَّتْ عليه فَقَدْ وُجِدَ سَبَبُ الْوُجُوبِ في حَقِّ الْبَائِعِ
وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَجِبُ لِأَنَّ الرَّدَّ قبل الْقَبْضِ فَسْخٌ مَحْضٌ وَرَفْعٌ لِلْعَقْدِ من الْأَصْلِ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ وَإِنْ كان بَعْدَ الْقَبْضِ يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لِأَنَّهَا دَخَلَتْ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي
وَإِنْ كان الْمَبِيعُ فَاسِدًا فَفُسِخَ وَرُدَّتْ الْجَارِيَةُ إلَى الْبَائِعِ فَإِنْ كان قبل الْقَبْضِ فَلَا اسْتِبْرَاءَ على الْبَائِعِ لِأَنَّهَا على مِلْكِهِ فلم يَحْدُثْ له الْحِلُّ وَإِنْ كان بَعْدَهُ فَعَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ بِالْإِجْمَاعِ لِوُجُودِ السَّبَبِ

وَلو أَسَرَ الْعَدُوُّ الْجَارِيَةَ ثُمَّ عَادَتْ إلَى الْمَالِكِ فَإِنْ كان قبل الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْحَرْبِ فَلَا اسْتِبْرَاءَ على الْمَالِكِ لِانْعِدَامِ السَّبَبِ وهو حُدُوثُ الْحِلِّ بِحُدُوثِ الْمِلْكِ وَإِنْ كان بَعْدَ الأحراز بدراهم (((بدارهم))) وَجَبَ لِوُجُودِ السَّبَبِ
وَلَوْ أبقيت (((أبقت))) من دَارِ الْإِسْلَامِ إلَى دَارِ الْحَرْبِ وَأَخَذَهَا الْكُفَّارُ ثُمَّ عَادَتْ إلَى صَاحِبِهَا بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ فَلَا اسْتِبْرَاءَ عليه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُمْ لم يَمْلِكُوهَا فلم يُوجَدْ السَّبَبُ وَعِنْدَهُمَا عليه الِاسْتِبْرَاءُ لِأَنَّهُمْ مَلَكُوهَا لِوُجُودِ السَّبَبِ
وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً مع غَيْرِهِ فَلَا اسْتِبْرَاءَ عَلَيْهِمَا لِانْعِدَامِ السَّبَبِ وهو حُدُوثُ الْحِلِّ إذْ لَا تَحِلُّ لِأَحَدِهِمَا ولو اشْتَرَى جَارِيَةً وَلَهَا زَوْجٌ فَقَبَضَهَا وَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ قبل الدُّخُولِ بها فَلَا اسْتِبْرَاءَ على الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ السَّبَبُ وهو حُدُوثُ حِلِّ الِاسْتِمْتَاعِ بِحُدُوثِ مِلْكِ الْيَمِينِ وَقْتَ الشِّرَاءِ لِقِيَامِ فِرَاشِ الزَّوْجِ وَبَعْدَ زَوَالِ الفراس (((الفراش))) لم يَحْدُثْ سَبَبُ حُدُوثِ الْحِلِّ وهو مِلْكُ الْيَمِينِ
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ على قَوْلِ أبي يُوسُفَ يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ على الْمُشْتَرِي
وَمِنْ هذا اسْتَخْرَجُوا لِإِسْقَاطِ الِاسْتِبْرَاءِ حِيلَةً وَهِيَ أَنْ يُزَوِّجَ الْبَائِعُ الْجَارِيَةَ مِمَّنْ يَجُوزُ له نِكَاحُهَا ولم يَكُنْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ وَنَحْوَ ذلك من الشَّرَائِطِ ثُمَّ يَبِيعُهَا وَيُسَلِّمُهَا إلَى

الْمُشْتَرِي ثُمَّ يُطَلِّقُهَا الزَّوْجُ قبل الدُّخُولِ بها فَتَحِلُّ لِلْمُشْتَرِي من غَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ وَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قبل الْقَبْضِ ثُمَّ قَبَضَهَا الْمُشْتَرِي لَا يَحِلُّ له وَطْؤُهَا حتى يَسْتَبْرِئَهَا
وَحِيلَةٌ أُخْرَى لِإِسْقَاطِ الِاسْتِبْرَاءِ أَنْ يُزَوِّجَهَا الْبَائِعُ من الْمُشْتَرِي قبل الشِّرَاءِ وَالْمُشْتَرِي مِمَّنْ يَجُوزُ له نِكَاحُهَا بِأَنْ لم يَكُنْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ وَنَحْوُ ذلك ثُمَّ يَشْتَرِيهَا فَيَفْسُدُ النِّكَاحُ وَيَحِلُّ له وَطْؤُهَا من غَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ
وَهَذَا الْوَجْهُ الثَّانِي أَوْلَى لِأَنَّهُ يُسْقِطُ عنه جَمِيعَ الْمَهْرِ
وفي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ على الزَّوْجِ الْمُطَلِّقِ نِصْفُ الْمَهْرِ لِلْبَائِعِ فَيَحْتَاجُ إلَى إبْرَائِهِ عنه
وَلَوْ كانت الْجَارِيَةُ في عِدَّةٍ من زَوْجِهَا عِدَّةِ طَلَاقٍ أو عِدَّةِ وَفَاةٍ فَاشْتَرَاهَا وَقَبَضَهَا ثُمَّ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَلَا اسْتِبْرَاءَ عليه لِأَنَّ قِيَامَ الْعِدَّةِ بِمَنْزِلَةِ قِيَامِ النِّكَاحِ

وَلَوْ كانت مَنْكُوحَةً فَطَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها لم يَجِبْ الِاسْتِبْرَاءُ كَذَا هذا
وَعَلَى ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ على قَوْلِ أبي يُوسُفَ يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ فَإِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا قبل الْقَبْضِ لم يُعْتَدَّ بِذَلِكَ وَلَا تَحِلُّ له حتى يَسْتَبْرِئَهَا بَعْدَ الْقَبْضِ بِحَيْضَةٍ أُخْرَى في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَدُّ بِذَلِكَ كما يُعْتَدُّ بِالْحَيْضَةِ قبل الْقَبْضِ عِنْدَهُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ عَدَمُ وُجُوبِ الِاسْتِبْرَاءِ في النِّكَاحِ حتى أن من تَزَوَّجَ جَارِيَةً فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَطَأَهَا من غَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ لِأَنَّ السَّبَبَ لم يُوجَدْ وهو حُدُوثُ حِلٍ

الِاسْتِمْتَاعِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ
وقال مُحَمَّدٌ أَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا بِحَيْضَةٍ وَلَسْتُ أُوجِبُهَا عليه
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وقال لَا اسْتِبْرَاءَ عليه في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه
وقال أبو يُوسُفَ اسْتَبْرَأَ بها الزَّوْجُ اسْتِحْسَانًا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ إن الْمَعْنَى الذي له وَجَبَ الِاسْتِبْرَاءُ في مِلْكِ الْيَمِينِ مَوْجُودٌ في مِلْكِ النِّكَاحِ وهو التَّعَرُّفُ عن بَرَاءَةِ الرَّحِمِ فَوَجَبَ الِاسْتِبْرَاءُ في الْمِلْكَيْنِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ جَوَازَ نِكَاحِهَا دَلِيلُ بَرَاءَةِ رَحِمِهَا شَرْعًا فَلَا حَاجَةَ إلَى التَّعَرُّفِ بِالِاسْتِبْرَاءِ
وما ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ نَوْعُ احْتِيَاطٍ وهو حَسَنٌ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا اشْتَرَى جَارِيَةً فلم يَقْبِضْهَا حتى حَاضَتْ في يَدِ الْبَائِعِ حَيْضَةً أَنَّهُ لَا يجتزي (((يجتزئ))) بها في الِاسْتِبْرَاءِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
حتى لو قَبَضَهَا لَا تَحِلُّ له حتى يَسْتَبْرِئَهَا بِحَيْضَةٍ أُخْرَى لِأَنَّهُ لم يحد (((يحدث))) له حِلُّ الِاسْتِمْتَاعِ قبل الْقَبْضِ وَلَا حَدَثَ له مِلْكُ الْيَمِينِ على الْإِطْلَاقِ لِانْعِدَامِ الْيَدِ
وَهَذَا لِأَنَّ الْمِلْكَ قبل الْقَبْضِ غَيْرُ مُتَأَكِّدٍ وَالتَّأَكُّدُ إثْبَاتٌ من وَجْهٍ فَكَانَ له حُكْمُ الْعَدَمِ من وَجْهٍ فلم يَجِبْ بِهِ الِاسْتِبْرَاءُ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يجتزيء (((يجتزئ))) بها وَلَا اسْتِبْرَاءَ لِأَنَّ الْحَيْضَةَ قبل الْقَبْضِ تَصْلُحُ دَلِيلًا على فَرَاغِ رَحِمِهَا فَحَصَلَ الْمَقْصُودُ من الِاسْتِبْرَاءِ فيكتفي بها
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَقَعُ بِهِ الِاسْتِبْرَاءُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ تعالى التَّوْفِيقُ الْجَارِيَةُ في الْأَصْلِ لَا يَخْلُو إمَّا إن كانت مِمَّنْ تَحِيضُ وَإِمَّا إن كانت مِمَّنْ لَا تَحِيضُ فَإِنْ كانت مِمَّنْ تَحِيضُ فَاسْتِبْرَاؤُهَا بِحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَعَامَّةِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وَعَنْ مُعَاوِيَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ اسْتِبْرَاءَهَا بِحَيْضَتَيْنِ لِأَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ أُخْتُ الْعِدَّةِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال في سَبَايَا أَوْطَاسٍ أَلَا لَا تُوطَأُ الْحَبَالَى حتى يَضَعْنَ وَلَا الحبالى (((الحيالى))) حتى يُسْتَبْرَأْنَ بِحَيْضَةٍ
وَالْفَعْلَةُ لِلْمَرَّةِ وَالتَّقْدِيرُ الشَّرْعِيُّ يَمْنَعُ من الزِّيَادَةِ عليه إلَّا بِدَلِيلٍ وَلِأَنَّ ما شُرِعَ له الِاسْتِبْرَاءُ وهو حُصُولُ الْعِلْمِ بِطَهَارَةِ الرَّحِمِ يَحْصُلُ بِحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُشْتَرَطَ الْعَدَدُ في بَابِ الْعِدَّةِ أَيْضًا إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا ذلك نَصًّا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَيُقْتَصَرُ على مَوْرِدِ النَّصِّ
وَإِنْ كانت مِمَّنْ لَا تَحِيضُ فَلَا يَخْلُو إمَّا إن كانت لَا تَحِيضُ لِصِغَرٍ أو لِكِبَرٍ وَإِمَّا إن كانت لَا تَحِيضُ لِعِلَّةٍ وَهِيَ الْمُمْتَدُّ طُهْرُهَا
وأما إن كانت لَا تَحِيضُ لِحَبَلٍ فَإِنْ كانت لَا تَحِيضُ لِصِغَرٍ أو لِكِبَرٍ فَاسْتِبْرَاؤُهَا بِشَهْرٍ وَاحِدٍ لِأَنَّ الْأَشْهُرَ أُقِيمَتْ مَقَامَ الإقراء في حَقِّ الْآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ في الْعِدَّةِ فَكَذَا في بَابِ الِاسْتِبْرَاءِ
وَإِنْ كانت لَا تَحِيضُ لِعِلَّةٍ فَقَدْ اخْتَلَفُوا فيه قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ لَا يَطَؤُهَا حتى يَعْلَمَ أنها غَيْرُ حَامِلٍ ولم يُوَقِّتْ في ذلك وَقْتًا
وقال أبو يُوسُفَ يَسْتَبْرِئُهَا بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ أو أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ
وَعَنْ مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ قال يَسْتَبْرِئُهَا بِشَهْرَيْنِ وَخَمْسَةِ أَيَّامٍ عِدَّةِ الْإِمَاءِ وفي رِوَايَةٍ قال يَسْتَبْرِئُهَا بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ مُدَّةِ عِدَّةِ الْحَرَائِرِ وقال زُفَرُ يَسْتَبْرِئُهَا بِسَنَتَيْنِ لِأَنَّ الْوَلَدَ الْمَوْجُودَ في الْبَطْنِ لَا يَبْقَى أَكْثَرَ من سَنَتَيْنِ فإذا مَضَتْ سَنَتَانِ ولم يَظْهَرْ بها حَمْلٌ عَلِمَ أنها غَيْرُ حَامِلٍ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هذا

تَفْسِيرَ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لَا يَطَؤُهَا حتى يَعْلَمَ أنها غَيْرُ حَامِلٍ وهو اخْتِيَارُ الطَّحَاوِيِّ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ما قَالَهُ أبو يُوسُفَ تَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ يَعْلَمُ فيها أنها لَيْسَتْ بِحَامِلٍ لِأَنَّ الْحَبَلَ يَظْهَرُ في مِثْلِ هذه الْمُدَّةِ لو كان لِظُهُورِ آثَارِهِ من انْتِفَاخِ الْبَطْنِ وَغَيْرِ ذلك فَيَدُلُّ عَدَمُ الظُّهُورِ على بَرَاءَةِ رَحِمِهَا وَإِنْ كانت لَا تَحِيضُ لِحَبَلٍ بها فَاسْتِبْرَاؤُهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ بعض الْقَبْضِ حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا يعني به ملك الرقبة واليد بأي سبب حدث الملك من الشراء والسبي والصدقة والهبة والأرث ونحوها فلا يجب الاستبراء على البائع لانعدام السبب وهو حدوث الحل ويجب على المشتري لوجود سببه سواء كان بائعه ممن يطأ أو ممن لا يطأ كالمرأة والصبي الذي لا يعقل وسواء كانت الجارية بكرا أو ثيبا في ظاهر الرواية لما قلنا

وروي عن أبي يوسف أنه إذا علم المشتري أنها لم توطأ لا يجب الاستبراء لأن الاستبراء طلب براءة الرحم وفراغها عما يشغلها ورحم البكر برية فارغة عن الشغل فلا معنى لطلب البراءة والفراغ

والجواب أن الوقوف على حقيقة الشغل والفراغ متعذر فتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا وقد وجد ولا يجب على من حرم عليه فرج أمته بعارض الحيض والنفاس والردة والكتابة والتزويج إذا زالت هذه العوارض بأن طهرت وأسلمت وعجزت فطلقها الزوج قبل الدخول بها لأن حل الاستمتاع لم يحدث بل كان ثابتا لكن منع منه لغيره وقد زال بزوال العوارض وكذا لم يحدث ملك اليمين فلم يوجد السبب ولا يجب بشراء جارية لا يحل فرجها بملك اليمين بأن وطئها أبوه أو ابنه أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها لا بشهوة أو كان هو وطىء أمها أو ابنتها أو نظر إلى فرجها عن شهوة أو كانت مرتدة أو مجوسية ونحو ذلك من الفروج التي لا تحل بملك اليمين لأن فائدة الاستبراء التمكن من الاستمتاع بعد حصول انعدام مانع معين منه وهو اختلاط الماءين والاستبراء في هذه المواضع لا يفيد التمكن من الاستمتاع لوجود مانع آخر وهو أن المحل لا يحتمل الحل ولا يجب على العبد والمكاتب والمدبر لانعدام

لِأَنَّ وَضْعَ الْحَمْلِ في الدَّلَالَةِ على فَرَاغِ رَحِمِهَا فَوْقَ الْحَيْضَةِ فإذا وَضَعَتْ حَمْلَهَا حَلَّ له أَنْ يَسْتَمْتِعَ بها فِيمَا سِوَى الْجِمَاعِ ما دَامَتْ في نِفَاسِهَا كما في الْحَائِضِ فَإِنْ وَضَعَتْ حَمْلَهَا قبل الْقَبْضِ ثُمَّ قَبَضَهَا لَا يَطَؤُهَا حتى يَسْتَبْرِئَهَا وَلَا يجتزي (((يجتزئ))) بِوَضْعِ الْحَمْلِ قبل الْقَبْضِ كما يجتزي (((يجتزئ))) بِالْحَيْضَةِ قبل الْقَبْضِ وَعَلَى قِيَاسِ ما رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ يجتزي (((يجتزئ))) بِهِ كما يجتزي (((يجتزئ))) بِالْحَيْضَةِ قبل الْقَبْضِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

ثُمَّ ما ذَكَرْنَا من الْحُكْمِ الأصل (((الأصلي))) لِلْبَيْعِ وما يَجْرِي مَجْرَى التَّوَابِعِ لِلْحُكْمِ الْأَصْلِيِّ كما يَثْبُتُ في الْمَبِيعِ يَثْبُتُ في زَوَائِدِ الْمَبِيعِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَثْبُتُ شَيْءٌ من ذلك في الزَّوَائِدِ وَالْكَلَامُ فيه مَبْنِيٌّ على أَصْلٍ وهو أَنَّ زَوَائِدَ الْمَبِيعِ مَبِيعَةٌ عِنْدَنَا سَوَاءٌ كانت مُنْفَصِلَةً أو

مُتَّصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ أو غير مُتَوَلِّدَةٍ منه إلَّا الْهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ وَالْكَسْبَ
وَعِنْدَهُ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ أَصْلًا وَإِنَّمَا تُمْلَكُ بِمِلْكِ الْأَصْلِ لَا بِالْبَيْعِ السَّابِقِ
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في إثْبَاتِ هذا الْأَصْلِ أَنَّ الْمَبِيعَ ما أُضِيفَ إلَيْهِ الْبَيْعُ ولم تُوجَدْ الْإِضَافَةُ إلَى الزَّوَائِدِ لِكَوْنِهَا مُنْعَدِمَةً عِنْدَ الْبَيْعِ فَلَا تكون
(((يكون))) مَبِيعَةً وَلِهَذَا لم يَكُنْ الْكَسْبُ مَبِيعًا وَلِأَنَّ الْمَبِيعَ ما يُقَابِلُهُ ثَمَنٌ إذْ الْبَيْعُ مقابله الْمَبِيعِ بِالثَّمَنِ وَالزِّيَادَةُ لَا يُقَابِلُهَا ثَمَنٌ لِأَنَّ كُلَّ الثَّمَنِ مُقَابَلٌ بِالْأَصْلِ فلم تَكُنْ مَبِيعَةً كَالْكَسْبِ وَلِهَذَا لم تَجُزْ الزِّيَادَةُ عِنْدَهُ في الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ
وَلَنَا أَنَّ الْمَبِيعَ ما يَثْبُتُ فيه الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ لِلْبَيْعِ وَالْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ لِلْبَيْعِ يَثْبُتُ في الزَّوَائِدِ بِالْبَيْعِ السَّابِقِ فَكَانَتْ مَبِيعَةً
وَبَيَانُ ذلك أَنَّ الْحُكْمَ الْأَصْلِيَّ لِلْبَيْعِ هو الْمِلْكُ وَالزَّوَائِدُ مَمْلُوكَةٌ بِلَا خِلَافٍ
وَالدَّلِيلُ على أنها مَمْلُوكَةٌ بِالْبَيْعِ السَّابِقِ أَنَّ الْبَيْعَ السَّابِقَ أَوْجَبَ الْمِلْكَ في الْأَصْلِ وَمَتَى ثَبَتَ الْمِلْكُ في الْأَصْلِ ثَبَتَ في التَّبَعِ فَكَانَ مِلْكُ الزِّيَادَةِ بِوَاسِطَةِ مِلْكِ الْأَصْلِ مُضَافًا إلَى الْبَيْعِ السَّابِقِ فَكَانَتْ الزِّيَادَةُ مَبِيعَةً
وَلَكِنْ تَبَعًا لِثُبُوتِ الْحُكْمِ الْأَصْلِيِّ فيها تَبَعًا
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ مَسَائِلُ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
منها أَنَّ لِلْبَائِعِ حَقَّ حَبْسِ الزَّوَائِدِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ كما له حَقُّ حَبْسِ الْأَصْلِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ ليس له أَنْ يَحْبِسَ الزَّوَائِدَ
وَمِنْهَا أَنَّ الْبَائِعَ إذَا أَتْلَفَ الزِّيَادَةَ سَقَطَتْ حِصَّتُهَا من الثَّمَنِ عن الْمُشْتَرِي عِنْدَنَا كما لو أَتْلَفَ جُزْءًا من الْمَبِيعِ وَعِنْدَهُ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ وَعَلَيْهِ ضَمَانُهَا كما لو أَتْلَفَهَا أَجْنَبِيٌّ وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَثْبُتُ على ما مَرَّ
وَكَذَا إذَا أَتْلَفَ الْأَرْشَ أو الْعُقْرَ قبل الْقَبْضِ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ بَدَلُ الْجُزْءِ الْفَائِتِ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْجُزْءِ
وَلَوْ هَلَكَتْ الزِّيَادَةُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كانت مَبِيعَةً عِنْدَنَا لِأَنَّهَا مَبِيعَةٌ تَبَعًا بِمَنْزِلَةِ أَطْرَافِ الْأُمِّ لَا مَقْصُودًا وَالْأَطْرَافُ كَالْأَوْصَافِ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ من الثَّمَنِ إلَّا أَنْ تَصِيرَ مَقْصُودَةً بِالْفِعْلِ من الْقَبْضِ أو الْجِنَايَةِ ولم يُوجَدْ وَلَا خِيَارُ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لم تَتَفَرَّقْ عليه لِأَنَّ الْعَقْدَ ما أُضِيفَ إلَيْهَا
وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْعَقْدِ فيها تَبَعًا
فَلَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ إلَّا في وَلَدِ الْجَارِيَةِ إذَا هَلَكَ قبل الْقَبْضِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ
فإنه يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي لَا لِهَلَاكِ الزِّيَادَةِ بَلْ لِحُدُوثِ نُقْصَانٍ في الْأُمِّ بِسَبَبِ الْوِلَادَةِ
وَكَذَا لَا خِيَارَ بِحُدُوثِ زِيَادَةٍ ما قبل الْقَبْضِ إلَّا في وَلَدِ الْجَارِيَةِ لِأَجْلِ نُقْصَانِ الْأُمِّ بِالْوِلَادَةِ لَا لِحُدُوثِ الزِّيَادَةِ
وَمِنْهَا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إذَا قَبَضَ الزَّوَائِدَ يَصِيرُ لها حِصَّةٌ من الثَّمَنِ بِالْقَبْضِ عِنْدَنَا فَيُقَسَّمُ الثَّمَنُ على قِيمَةِ الْأَصْلِ يوم الْعَقْدِ وَعَلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يوم الْقَبْضِ
حتى لو اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي على عَيْبٍ بِالْأَصْلِ فإنه يَرُدُّهُ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ لَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا حِصَّةَ لِلزِّيَادَةِ من الثَّمَنِ بِحَالٍ وَعِنْدَ ظُهُورِ الْعَيْبِ بِالْأَصْلِ يُرَدُّ بِكُلِّ الثَّمَنِ وَلَا يَكُونُ بِإِزَاءِ الزِّيَادَةِ شَيْءٌ
وَكَذَا إذَا وَجَدَ بِالزِّيَادَةِ عَيْبًا يَرُدُّهَا بِحِصَّتِهَا من الثَّمَنِ وَعِنْدَهُ لَا يَرُدُّهَا بِالْعَيْبِ أَصْلًا
وَكَذَا الْمُشْتَرِي إذَا أَتْلَفَ الزِّيَادَةَ قبل الْقَبْضِ يَصِيرُ لها حِصَّةٌ من الثَّمَنِ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا به بِالْإِتْلَافِ وَبِالْقَبْضِ يَصِيرُ لها حِصَّةٌ من الثَّمَنِ على ما ذَكَرْنَا

وَعِنْدَهُ لَا حِصَّةَ لها من الثَّمَنِ بِحَالٍ وَلَوْ هَلَكَ الْأَصْلُ وَبَقِيَتْ الزِّيَادَةُ يَبْقَى الْعَقْدُ في قَدْرِ الزِّيَادَةِ عِنْدَنَا وَيَصِيرُ لها حِصَّةٌ من الثَّمَنِ فَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ على الْأَصْلِ يوم الْعَقْدِ وَعَلَى الزِّيَادَةِ يوم الْهَلَاكِ فَيَبْطُلُ مِلْكُ الثَّمَنِ بِقَدْرِ قِيمَةِ الْأَصْلِ ويبقي بِحِصَّةِ الزِّيَادَةِ بِخِلَافِ ما إذَا هَلَكَ قبل حُدُوثِ الزِّيَادَةِ حَيْثُ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ أَصْلًا وَرَأْسًا وَيَسْقُطُ كُلُّ الثَّمَنِ لِأَنَّ هُنَاكَ لَا فَائِدَةَ في بَقَاءِ الْعَقْدِ إذْ لو بَقِيَ لَطَلَبَ الْبَائِعُ من الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ فَيَطْلُبُ الْمُشْتَرِي منه تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ وَلَا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُهُ فَيَنْفَسِخُ ضَرُورَةً لِانْعِدَامِ فَائِدَةِ الْبَقَاءِ وإذا بَقِيَتْ الزِّيَادَةُ كان في بَقَاءِ الْعَقْدِ في الزِّيَادَةِ فَائِدَةٌ لِإِمْكَانِ تَسْلِيمِهَا فَبَقِيَ الْعَقْدُ فيها وَصَارَ لها حِصَّةٌ من الثَّمَنِ فَيَنْقَسِمُ على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ على ما ذَكَرْنَا وَعِنْدَهُ إذَا هَلَكَ الْأَصْلُ انْفَسَخَ الْعَقْدُ أَصْلًا وَرَأْسًا

وَمِنْهَا أَنَّهُ إذَا أَتْلَفَهَا أَجْنَبِيٌّ وَضَمِنَهَا بِلَا خِلَافٍ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ عِنْدَنَا إنْ شَاءَ اخْتَارَ الْفَسْخَ وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ على الْجَانِي بِضَمَانِ الْجِنَايَةِ وَإِنْ شَاءَ اخْتَارَ الْمَبِيعَ وَاتَّبَعَ الْجَانِي بِالضَّمَانِ وَعَلَيْهِ جَمِيعُ الثَّمَنِ كما لو أَتْلَفَ الْأَصْلَ وَعِنْدَهُ عليه الضَّمَانُ وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي
وَمِنْهَا إذَا اشْتَرَى نَخْلًا بِكُرٍّ من تَمْرٍ فلم يَقْبِضْ النَّخْلَ حتى أَثْمَرَ النَّخْلُ كُرًّا فَقَبَضَ النَّخْلَ مع الْكُرِّ الْحَادِثِ لَا يَطِيبُ الْكُرُّ وَعَلَيْهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ عِنْدَنَا لِأَنَّ التَّمْرَ الْحَادِثَ عِنْدَنَا زِيَادَةٌ مُتَوَلِّدَةٌ من الْمَبِيعِ فَكَانَ مَبِيعًا وَلَهُ عِنْدَ الْقَبْضِ حِصَّةٌ من الثَّمَنِ كما لِغَيْرِهِ من الزَّوَائِدِ وَالثَّمَرُ من جِنْسِهِ زِيَادَةَ عليه فَلَوْ قُسِمَ على النَّخْلِ وَالْكُرِّ لحادث (((الحادث))) يَصِيرُ رِبًا فَيَفْسُدُ الْبَيْعَ في الْكُرِّ الْحَادِثِ وَلَا يَفْسُدُ في النَّخْلِ بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَ نَخْلًا وَكُرًّا من تَمْرٍ بِكُرٍّ من تَمْرٍ إن الْعَقْدَ يَفْسُدُ في التَّمْرِ وَالنَّخْلِ جميعا لِأَنَّ هُنَاكَ الرِّبَا دخل في الْعَقْدِ بِاشْتِرَاطِهِمَا وَصُنْعِهِمَا لِأَنَّ بَعْضَ الْمَبِيعِ مَالُ الرِّبَا وهو التَّمْرُ وَالتَّمْرُ مَقْسُومٌ عَلَيْهِمَا فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا وَإِدْخَالُ الرِّبَا في الْعَقْدِ يُفْسِدُ الْعَقْدَ كُلَّهُ وَهَهُنَا الْبَيْعُ كان صَحِيحًا في الْأَصْلِ لِأَنَّ الثَّمَنَ خِلَافُ جِنْسِ الْمَبِيعِ وهو النَّخْلُ وَحْدَهُ إلَّا أَنَّهُ لَمَّا زَادَ بَعْدَ الْعَقْدِ صَارَ مَبِيعًا في حَالِ الْبَقَاءِ لَا بِصُنْعِهِمَا فَيَفْسُدُ في الْكُرِّ الْحَادِثِ وَيَقْتَصِرُ الْفَسَادُ عليه
وَمِنْهَا إذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ يُسَاوِي أَلْفَيْنِ فَقُتِلَ قبل الْقَبْضِ فَاخْتَارَ الْبَيْعَ واتباع (((وابتاع))) الْجَانِي فَأَخَذَ قِيمَتَهُ أَلْفَيْنِ يَتَصَدَّقُ بِالْأَلْفِ الزَّائِدِ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ رَبِحَ ما لم يَضْمَنْ وَعِنْدَهُ لَا يَتَصَدَّقُ بِشَيْءٍ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا إذَا غَصَبَ كُرَّ حِنْطَةٍ فابتليت (((فابتلت))) في يَدِ الْغَاصِبِ وَانْتَفَخَتْ حتى صَارَتْ كُرًّا وَنِصْفَ كُرٍّ ضَمِنَ لِلْمَالِكِ كُرًّا مثله فإنه يَمْلِكُ ذلك الْكُرَّ وَنِصْفَ الْكُرِّ عِنْدَنَا لَكِنْ يَتَصَدَّقُ بِنِصْفِ الْكُرِّ الزَّائِدِ وَطَابَ له ما بَقِيَ لِأَنَّ الْمِلْكَ عِنْدَنَا يَثْبُتُ من وَقْتِ الْغَصْبِ بِالضَّمَانِ وَالزِّيَادَةُ بِالِانْتِفَاخِ حَصَلَتْ بَعْدَ ذلك فَتُعْتَبَرُ بِالزِّيَادَةِ الْمُتَوَلِّدَةِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في هذا الْفَصْلِ يُرَدُّ الْكُلُّ لِأَنَّ الْمَضْمُونَاتِ عِنْدَهُ لَا تُمْلَكُ بِالضَّمَانِ
وَمِنْهَا أَنَّ الزَّوَائِدَ الْحَادِثَةَ بَعْدَ الْقَبْضِ مَبِيعَةٌ أَيْضًا عِنْدَنَا حتى لو وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالْأَصْلِ عَيْبًا فَالزِّيَادَةُ تَمْنَعُ الرَّدَّ وَالْفَسْخَ بِالْعَيْبِ وَبِسَائِرِ أَسْبَابِ الْفَسْخِ على

ما نَذْكُرُهُ في خِيَارِ الْعَيْبِ في بَيَانِ الْأَسْبَابِ الْمَانِعَةِ من الرَّدِّ بِالْعَيْبِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَعِنْدَهُ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ في أَيِّ حَالٍ حَدَثَتْ وَلَا تَمْنَعُ رَدَّ الْأَصْلِ بِالْعَيْبِ بِكُلِّ الثَّمَنِ
وَلَوْ اشْتَرَى أَرْضًا فيها أَشْجَارٌ مُثْمِرَةٌ فَإِنْ كان عليها ثَمَرٌ وَسَمَّاهُ حتى دخل في الْبَيْعِ فَالثَّمَرُ له حِصَّةٌ من الثَّمَنِ بِلَا خِلَافٍ حتى لو كانت قِيمَةُ الْأَرْضِ خَمْسَمِائَةٍ وَقِيمَةُ الشَّجَرِ خَمْسُمِائَةٍ وَقِيمَةُ الثَّمَرِ كَذَلِكَ فإن الثَّمَنَ يُقْسَمُ على الْكُلِّ أَثْلَاثًا بِالْإِجْمَاعِ
لِأَنَّ الْكُلَّ مَعْقُودٌ عليه مقصودا (((مقصود))) لِوُرُودِ فِعْلِ الْعَقْدِ على الْكُلِّ فَإِنْ كان لِلثَّمَرِ حِصَّةٌ من الثَّمَنِ حتى لو هَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْبَائِعِ بِأَنْ أَكَلَهُ يَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي ثُلُثُ الثَّمَنِ وَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْضَ وَالشَّجَرَ بِثُلُثَيْ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ الثَّمَرَ لَمَّا كان مَبِيعًا مَقْصُودًا بِهَلَاكِهِ تَفَرَّقَتْ الصَّفْقَةُ على الْمُشْتَرِي قبل التَّمَامِ فَيَثْبُتُ الْخِيَارُ وَإِنْ لم يَكُنْ الثَّمَرُ مَوْجُودًا وَقْتَ الْعَقْدِ وَحَدَثَ بَعْدَهُ قبل الْقَبْضِ فَأَكَلَهُ الْبَائِعُ فَقَدْ صَارَ له حِصَّةٌ من الثَّمَنِ عِنْدَنَا لِصَيْرُورَتِهِ مَبِيعًا مَقْصُورًا بِالْإِتْلَافِ على ما بَيَّنَّا لَكِنَّ الْكَلَامَ في كَيْفِيَّةِ أَخْذِ الْحِصَّةِ فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فيها
قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ يَأْخُذُ الْحِصَّةَ من الشَّجَرِ وَالْأَرْضِ جميعا فَيَقْسِمُ الثَّمَنَ على الشَّجَرِ وَالْأَرْضِ وَالثَّمَرِ أَثْلَاثًا فَيَسْقُطُ ثُلُثُ الثَّمَنِ بِإِتْلَافِ الْبَائِعِ وقال أبو يُوسُفَ يَأْخُذُ الْحِصَّةَ من الشَّجَرِ خَاصَّةً فَيَقْسِمُ الثَّمَنَ على قِيمَةِ الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ ثُمَّ ما أَصَابَ الشَّجَرَ يُقَسَّمُ عليه يوم الْعَقْدِ وَعَلَى قِيمَةِ الثَّمَرِ يوم الْإِتْلَافِ فَيَسْقُطُ بَيَانُهُ إذَا كانت قِيمَةُ الْأَرْضِ أَلْفًا وَقِيمَةُ الْأَشْجَارِ أَلْفًا وَقِيمَةُ الثَّمَرِ كَذَلِكَ فَأَكَلَ الْبَائِعُ الثَّمَرَ قبل الْقَبْضِ يَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي ثُلُثُ الثَّمَنِ عِنْدَهُمَا وَيَأْخُذُ الْأَرْضَ وَالْأَشْجَارَ بِثُلُثَيْ الثَّمَنِ وَلَا خِيَارَ له عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ خَاصَّةً وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ له الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْضَ وَالشَّجَرَ بِثُلُثَيْ الْقِيمَةِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي رُبْعُ الثَّمَنِ فَيُقَسَّمُ الثَّمَنُ على الْأَشْجَارِ وَالْأَرْضِ نِصْفَيْنِ ثُمَّ ما أَصَابَ الشَّجَرَ يُقَسَّمُ عليه وَعَلَى الثَّمَرِ نِصْفَيْنِ فَكَانَ حِصَّةُ الثَّمَرِ رُبْعَ الثَّمَنِ فَيَسْقُطُ ذلك كُلُّهُ وَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْضَ وَالشَّجَرَ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الثَّمَرَ تَابِعٌ لِلشَّجَرِ لِأَنَّ الثَّمَرَ مُتَوَلِّدٌ منها فَيَأْخُذُ الْحِصَّةَ منها كما لو اشْتَرَى جَارِيَةً مع وَلَدِهَا فَوَلَدَتْ مع وَلَدِهَا ولد (((ولدا))) آخَرَ فَالْوَلَدُ الثَّانِي يَكُونُ له حِصَّةٌ من الْوَلَدِ الْأَوَّلِ
وَلَهُمَا أَنَّ الشَّجَرَ تَابِعٌ لِلْأَرْضِ في الْبَيْعِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَدْخُلُ في الْأَرْضِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ
وَلَوْ هَلَكَتْ بعدما دَخَلَتْ قبل الْقَبْضِ

لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ دَلَّ أنها تَابِعَةٌ وما كان تَابِعًا لِغَيْرِهِ في حُكْمٍ لَا يَسْتَتْبِعُ غَيْرَهُ من ذلك الْحُكْمِ فَكَانَ نَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا ما لو اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا قبل الْقَبْضِ ثُمَّ وَلَدَ وَلَدُهَا وَلَدًا لَا يَكُونُ لِلْوَلَدِ الثَّانِي حِصَّةٌ من الْوَلَدِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْأَوَّلَ في نَفْسِهِ تَابِعٌ فَلَا يَسْتَتْبِعُ غَيْرَهُ كَذَا هَهُنَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَيَتَّصِلُ بِمَا ذَكَرْنَا الزِّيَادَةُ في الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ وَالْحَطُّ عن الثَّمَنِ وَالْكَلَامُ فِيهِمَا في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ أحدها (((أحدهما))) في أَصْلِ الْجَوَازِ أَنَّهُمَا جَائِزَانِ أَمْ لَا
وَالثَّانِي في شَرَائِطِ الْجَوَازِ
وَالثَّالِثُ في كَيْفِيَّةِ الْجَوَازِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اخْتَلَفَ العامة (((العلماء))) فيه قال أَصْحَابُنَا الثَّلَاثَةُ الزِّيَادَةُ في الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ جَائِزَةٌ مَبِيعًا وَثَمَنًا كَأَنَّ الْعَقْدَ وَرَدَ على الْمَزِيدِ عليه وَالزِّيَادَةِ جميعا من الِابْتِدَاءِ
وقال زُفَرُ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ مَبِيعًا وَثَمَنًا وَلَكِنْ تَكُونُ هِبَةً مُبْتَدَأَةً فَإِنْ قَبَضَهَا صَارَتْ مِلْكًا له وَإِلَّا تَبْطُلُ وَأَظْهَرُ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ مِثْلُ قَوْلِنَا إنْ كان في مَجْلِسِ الْعَقْدِ وَإِنْ كان بَعْدَ الِافْتِرَاقِ فَقَوْلُهُ مِثْلُ قَوْلِ زُفَرَ
وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ إذَا اشْتَرَى رَجُلٌ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وقال الْمُشْتَرِي زِدْتُكَ خَمْسَمِائَةٍ أُخْرَى ثَمَنًا وَقَبِلَ الْبَائِعُ أو قال الْبَائِعُ زِدْتُكَ هذا الْعَبْدَ الْآخَرَ أو قال هذا الثَّوْبَ مَبِيعًا وَقَبِلَ الْمُشْتَرِي جَازَتْ الزِّيَادَةُ كان الثَّمَنُ في الْأَصْلِ ألف (((ألفا))) وَخَمْسَمِائَةٍ وَالْمَبِيعُ في الْأَصْلِ عَبْدَانِ أو عَبْدٌ وَثَوْبٌ سَوَاءٌ كان ذلك قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ وَكَذَلِكَ إذَا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ زَادَ الْمُشْتَرِي في الثَّمَنِ مِائَةَ دِرْهَمٍ جَازَتْ الزِّيَادَةُ كان الثَّمَنُ في الْأَصْلِ ألف (((ألفا))) وَمِائَةً تَنْقَسِمُ الزِّيَادَةُ على قِيمَتِهِمَا وَكَذَلِكَ لو كان لِعَبْدٍ ثَمَنٌ مُسَمًّى أو كان لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنٌ مُسَمًّى وزاد الْمُشْتَرِي في الثَّمَنِ مِائَةً مُطْلَقًا انْقَسَمَتْ الزِّيَادَةُ على قَدْرِ الْقِيمَتَيْنِ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الزِّيَادَةُ في الْقِيمَتَيْنِ من الْوَارِثَيْنِ بَعْدَ مَوْتِ الْعَاقِدَيْنِ لِأَنَّ الْوَارِثَ خَلَفَ الْمُوَرِّثَ في مِلْكِهِ الْقَائِمِ بَعْدَ مَوْتِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَيُرَدُّ عليه كأن الْوَارِثُ حي (((حيا))) قائم (((قائما))) فَزَادَ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الزِّيَادَةُ من الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِتَوْلِيَةٍ مُسْتَفَادَةٍ من قِبَلِ الْمُوَكِّلِ
وَأَمَّا الزِّيَادَةُ من الْأَجْنَبِيِّ فَلَا شَكَّ أَنَّ عِنْدَهُمَا لَا تَجُوزُ وَأَمَّا عِنْدَنَا فَإِنْ زَادَ بِأَمْرِ الْعَاقِدِ جَازَ لِأَنَّهُ وَكِيلُهُ في الزِّيَادَةِ وَإِنْ زَادَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَقَفَتْ الزِّيَادَةُ على إجَازَتِهِ إنْ أَجَازَ جَازَتْ وَإِنْ رَدَّ بَطَلَتْ إلَّا أَنْ يَضْمَنَ الزَّائِدُ الزِّيَادَةَ فَيَجُوزُ وَلَا يَتَوَقَّفُ على إجَازَةِ الْعَاقِدِ وأن لم يَحْصُلْ لِلْأَجْنَبِيِّ بِمُقَابَلَةِ الزِّيَادَةِ شَيْءٌ وَعَلَى هذا قالوا فِيمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنَّ خَمْسَمِائَةٍ سِوَى الْأَلْفِ على رَجُلٍ ضَمِنَهُ وَقَبِلَ فَالْعَبْدُ لِلْمُشْتَرِي وَالْخَمْسُمِائَةِ على الثَّالِثِ من غَيْرِ أَنْ يَسْتَحِقَّ شيئا بِالْخَمْسِمِائَةِ
وَذَكَرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إذَا قال الرَّجُلُ بِعْ هذه الدَّارَ من فُلَانٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنِّي ضَامِنٌ لك من الثَّمَنِ خَمْسَمِائَةٍ إن الْبَيْعَ على هذا الشَّرْطِ صَحِيحٌ وَالْخَمْسُمِائَةِ على الْأَجْنَبِيِّ
وَلَوْ قال على أَنِّي ضَامِنٌ لك خَمْسَمِائَةٍ ولم يَقُلْ من الثَّمَنِ كان بَاطِلًا لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الزِّيَادَةُ في الْمَهْرِ الْمُسَمَّى في النِّكَاحِ وَأَمَّا الزِّيَادَةُ في الْمَنْكُوحَةِ بِالْمَهْرِ الْأَوَّلِ فَلَا تَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الزِّيَادَةُ في رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ
وَأَمَّا الزِّيَادَةُ في الْمُسْلَمِ فيه فَلَا تَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الزِّيَادَةُ في الرَّهْنِ
وَأَمَّا الزِّيَادَةُ في الدَّيْنِ فَلَا تَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ اسْتِحْسَانًا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ جَائِزٌ قِيَاسًا وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ بين الزِّيَادَةِ في الرَّهْنِ وَبَيْنَ الزِّيَادَةِ في الدَّيْنِ نَذْكُرُهُ في كِتَابِ الرَّهْنِ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ حَطُّ بَعْضِ الثَّمَنِ أَنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَنَا وَيَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ وَالثَّمَنِ هذا الْقَدْرُ من الِابْتِدَاءِ حتى أن الْمَبِيعَ إذَا كان دَارًا فَالشَّفِيعُ يَأْخُذُهَا بِالشُّفْعَةِ بِمَا بَقِيَ بَعْدَ الْحَطِّ وَعِنْدَهُمَا هو هِبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ إلَّا أَنَّ قِيَامَ الدَّيْنِ عليه أو كَوْنَهُ قَابِلًا لِاسْتِئْنَافِ الْعَقْدِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْحَطِّ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وفي الزِّيَادَةِ خِلَافٌ نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إن الثَّمَنَ وَالْمَبِيعَ من الْأَسْمَاءِ الْإِضَافِيَّةِ الْمُتَقَابِلَةِ فَلَا يُتَصَوَّرُ مَبِيعٌ بِلَا ثَمَنٍ وَلَا ثَمَنٌ بِلَا مَبِيعٍ فَالْقَوْلُ بِجَوَازِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ مَبِيعًا وَثَمَنًا قَوْلٌ بِوُجُودِ الْمَبِيعِ وَلَا ثَمَنَ وَالثَّمَنِ وَلَا مَبِيعَ لِأَنَّ الْمَبِيعَ اسْمٌ لِمَالٍ يُقَابِلُ مِلْكَ الْمُشْتَرِي وهو الثَّمَنُ وَالثَّمَنُ اسْمٌ لِمَالٍ يُقَابِلُ مِلْكَ الْبَائِعِ وهو الْمَبِيعُ فَالزِّيَادَةُ من الْبَائِعِ لو صَحَّتْ مَبِيعًا لَا تُقَابِلُ مِلْكَ الْمُشْتَرِي بَلْ تُقَابِلُ مِلْكَ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ مَلَكَ جَمِيعَ الثَّمَنِ

وَلَوْ صَحَّتْ من الْمُشْتَرِي ثَمَنًا لَا تُقَابِلُ مِلْكَ الْبَائِعِ بَلْ تُقَابِلُ مِلْكَ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ مَلَكَ جَمِيعَ الْمَبِيعِ فَلَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَبِيعًا وَثَمَنًا لِانْعِدَامِ حَقِيقَةِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ فَيُجْعَلُ منه هِبَةً مُبْتَدَأَةً وَلِأَنَّ كُلَّ الْمَبِيعِ لَمَّا صَارَ مُقَابَلًا بِكُلِّ الثَّمَنِ وَكُلُّ الثَّمَنِ مُقَابَلٌ بِكُلِّ الْمَبِيعِ فَالزِّيَادَةُ لو صَحَّتْ مَبِيعًا وَثَمَنًا لَخَلَتْ عَمَّا يُقَابِلُهُ فَكَانَتْ فَضْلَ مَالٍ خَالٍ عن الْعِوَضِ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ وَهَذَا تَفْسِيرُ الرِّبَا

وَلَنَا في الزِّيَادَةِ في الْمَهْرِ قَوْله تَعَالَى { فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ من بَعْدِ الْفَرِيضَةِ } أَيْ من بَعْدِ تِلْكَ الْفَرِيضَةِ لِأَنَّ النَّكِرَةَ إذَا أُعِيدَتْ مَعْرِفَةً يزاد (((يراد))) بِالثَّانِي غَيْرُ الْأَوَّلِ أَمَرَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِإِيتَاءِ الْمُهُورِ الْمُسَمَّاةِ في النِّكَاحِ وَأَزَالَ الْجُنَاحَ في الزِّيَادَةِ على الْمُسَمَّى لِأَنَّ ما يَتَرَاضَاهُ الزَّوْجَانِ بَعْدَ التَّسْمِيَةِ هو الزِّيَادَةُ في الْمَهْرِ فَيَدُلُّ على جَوَازِ الزِّيَادَةِ

وَرُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لِلْوَازِنِ زِنْ وَأَرْجِحْ فَإِنَّا مَعَاشِرَ الْأَنْبِيَاءِ هَكَذَا نَزِنُ وَهَذَا زِيَادَةٌ في الثَّمَنِ وقد نُدِبَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إلَيْهَا بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ وَأَقَلُّ أَحْوَالِ الْمَنْدُوبِ إلَيْهِ الْجَوَازُ وَرُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فَظَاهِرُهُ يَقْتَضِي لُزُومَ الْوَفَاءِ بِكُلِّ شَرْطٍ إلَّا ما خُصَّ بِدَلِيلٍ لِأَنَّهُ يقتضى أَنْ يَكُونَ كُلُّ مُسْلِمٍ عِنْدَ شَرْطِهِ وَإِنَّمَا يَكُونُ كَذَلِكَ إذَا لَزِمَهُ الْوَفَاءُ بِهِ وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ إذَا صَحَّتْ الزِّيَادَةُ مَبِيعًا وَثَمَنًا فَأَمَّا إذَا كانت هِبَةً مُبْتَدَأَةً فَلَا يَلْزَمُهُ الْوَفَاءُ لِأَنَّ الْعَاقِدَيْنِ أَوْقَعَا الزِّيَادَةَ مَبِيعًا وَثَمَنًا كما لو تَبَايَعَا ابْتِدَاءً وَهَذَا لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ تَصَرُّفَ الْإِنْسَانِ يَقَعُ على الْوَجْهِ الذي أَوْقَعَهُ إذَا كان أَهْلًا لِلتَّصَرُّفِ وَالْمَحَلُّ قَابِلًا وَلَهُ وِلَايَةٌ عليه وقد وُجِدَ

وَقَوْلُهُمَا إن الثَّمَنَ اسْمٌ لِمَالٍ يُقَابِلُ مِلْكَ الْبَائِعِ وَالْمَبِيعَ اسْمٌ لِمَالٍ يُقَابِلُ مِلْكَ الْمُشْتَرِي

قُلْنَا هذا مَمْنُوعٌ بَلْ الثَّمَنُ اسْمٌ لِمَا أَزَالَ الْمُشْتَرِي مِلْكَهُ وَيَدَهُ عنه بِمُقَابَلَةِ مَالٍ أَزَالَ الْبَائِعُ مِلْكَهُ وَيَدَهُ عنه فَيَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمَالَ الذي كان مِلْكَ صَاحِبِهِ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ عنه شَرْعًا على ما عُرِفَ

ثُمَّ نَقُولُ ما ذَكَرَاهُ حَدُّ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ بِطَرِيقِ الْحَقِيقَةِ وَالزِّيَادَةِ في الْمَبِيعِ

وَالثَّمَنُ مَبِيعٌ وَثَمَنٌ من حَيْثُ الصُّورَةُ وَالتَّسْمِيَةُ رِبْحٌ بِطَرِيقِ الْحَقِيقَةِ لِأَنَّ الرِّبْحَ حَقِيقَةُ ما يُمْلَكُ بِعَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ لَا بِمُقَابَلَةِ ما هو مَالٌ حَقِيقَةً بَلْ من حَيْثُ الصُّورَةِ وَالتَّسْمِيَةُ وَالزِّيَادَةُ هَهُنَا كَذَلِكَ فَكَانَتْ رِبْحًا حَقِيقَةً فَكَانَ من شَرْطِهَا أَنْ لَا تَكُونَ مُقَابَلَةً بِمِلْكِ الْبَائِعِ إلَّا تَسْمِيَةً وَشَرْطُ الشَّيْءِ كَيْفَ يَمْنَعُ صِحَّتَهُ على أَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى الْمُقَابَلَةِ وَالزِّيَادَةِ لِأَنَّ الْمُوجِبَ الْأَصْلِيَّ في الْبَيْعِ هو قِيمَةُ الْمَبِيعِ وهو مَالِيَّتُهُ لِأَنَّ الْبَيْعَ مُعَاوَضَةٌ بِطَرِيقِ الْمُعَادَلَةِ عُرْفًا وَحَقِيقَةً وَالْمُقَابَلَةُ عِنْدَ التَّسَاوِي في الْمَالِيَّةِ وَلِهَذَا لو فَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ تَجِبُ الْقِيمَةُ عِنْدَنَا وَالثَّمَنُ تَقْدِيرٌ لِمَالِيَّةِ الْمَبِيعِ بِاتِّفَاقِ الْعَاقِدَيْنِ وإذا زَادَ في الْمَبِيعِ أو الثَّمَنِ عُلِمَ أَيُّهُمَا أَخْطَأَ في التَّقْدِيرِ وَغَلِطَ فيه وما هو الْمُوجِبُ الْأَصْلِيُّ قد ثَبَتَ بِالْبَيْعِ فإذا بَيَّنَّا التَّقْدِيرَ كان ذلك بَيَانًا لِلْمُوجِبِ الْأَصْلِيِّ إلَّا أَنَّهُ ابْتِدَاءُ إيجَابٍ فَكَانَ عِوَضًا عن مِلْكِ الْعَيْنِ لَا عن مِلْكِ نَفْسِهِ وَهَذَا الْكَلَامُ في الْمَهْرِ أَغْلَبُ لِأَنَّ الْمُوجِبَ الْأَصْلِيَّ فيه هو مَهْرُ الْمِثْلِ على ما عَرَفْتَ على أَنَّهُ إنْ كان لَا يُمْكِنُ تَحْقِيقُ مَعْنَى الْمُقَابَلَةِ مع بَقَاءِ الْعَقْدِ على حَالِهِ يُمْكِنُ تَحْقِيقُهُ مع تَغْيِيرِ الْعَقْدِ من حَيْثُ الْوَصْفُ بِأَنْ يُجْعَلَ الْأَلْفُ بَعْدَ الزِّيَادَةِ بِمُقَابَلَةِ نِصْفِ الْعَبْدِ لِيَخْلُوَ النِّصْفُ عن الثَّمَنِ فَتَجْعَلُ الْأَلْفُ الزِّيَادَةُ بِمُقَابَلَةِ النِّصْفِ الْخَالِي وَهَذَا وَإِنْ كان تَغْيِيرًا وَلَكِنَّهُمَا قَصَدَا تَصْحِيحَ التَّصَرُّفِ وَلَا صِحَّةَ إلَّا بِالتَّغْيِيرِ وَلَهُمَا وِلَايَةُ التَّغْيِيرِ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُمَا وِلَايَةَ الْفَسْخِ وَأَنَّهُ فَوْقَ التَّغْيِيرِ لِأَنَّ الْفَسْخَ رَفَعَ الْأَصْلَ وَالْوَصْفَ وَالتَّغْيِيرَ تَبْدِيلُ الْوَصْفِ مع بَقَاءِ أَصْلِ الْعَقْدِ فلما ثَبَتَ لَهُمَا وِلَايَةُ الْفَسْخِ فَوِلَايَةُ التَّغْيِيرِ أَوْلَى وَلَهُمَا حَاجَةٌ إلَى التَّغْيِيرِ لِدَفْعِ الْغَبْنِ أو لِمَقْصُودٍ آخَرَ فَمَتَى اتَّفَقَا على الزِّيَادَةِ وَقَصَدَا الصِّحَّةَ وَلَا صِحَّةَ إلَّا بهذا الشَّرْطِ يُثْبِتُ هذا الشَّرْطُ مُقْتَضَى تَصَرُّفِهِمَا تَصْحِيحًا له كما في قَوْلِ الرَّجُلِ لِغَيْرِهِ أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَأَمَّا شَرَائِطُ الْجَوَازِ فَمِنْهَا الْقَبُولُ من الْآخَرِ حتى لو زَادَ أَحَدُهُمَا ولم يَقْبَلْ الْآخَرُ لم تَصِحَّ الزِّيَادَةُ

وَمِنْهَا الْمَجْلِسُ حتى لو افْتَرَقَا قبل الْقَبُولِ بَطَلَتْ الزِّيَادَةُ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ في الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ إيجَابُ الْبَيْعِ فِيهِمَا فَلَا بُدَّ من الْقَبُولِ في الْمَجْلِسِ كما في أَصْلِ الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ وَأَمَّا الْحَطُّ فَلَا يُشْتَرَطُ له الْمَجْلِسُ وَلَا الْقَبُولُ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ في الثَّمَنِ بِالْإِسْقَاطِ وَالْإِبْرَاءِ عن بَعْضِهِ فَيَصِحُّ من غَيْرِ قَبُولٍ إلَّا أَنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ كَالْإِبْرَاءِ عن الثَّمَنِ كُلِّهِ

وَأَمَّا كَوْنُ الزِّيَادَةِ وَالْمَزِيدِ عليه من غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا فَهَلْ هو شَرْطٌ لِصِحَّةِ الزِّيَادَةِ ثَمَنًا وَمَبِيعًا وَكَذَا كَوْنُ الْحَطِّ من غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا هل هو شَرْطٌ لِصِحَّتِهِ حَطًّا وَهَلْ يُؤَثِّرَانِ في فَسَادِ الْعَقْدِ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ ليس بِشَرْطٍ وَيُؤَثِّرَانِ فيه وَعَلَى قَوْلِ أبي يُوسُفَ شَرْطٌ فَيُبْطِلَانِ وَلَا يُؤَثِّرَانِ في الْعَقْدِ

وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ شَرْطٌ في الزِّيَادَةِ لَا في الْحَطِّ على ما نَذْكُرُ وَلَا يُشْتَرَطُ قَبْضُ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ لِصِحَّةِ الزِّيَادَةِ فَتَصِحُّ الزِّيَادَةُ سَوَاءٌ كانت قبل قَبْضِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ أو بَعْدَهُ وَكَذَلِكَ الْحَطُّ لِأَنَّ دَلِيلَ جَوَازِ الزِّيَادَةِ وَالْحَطِّ لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ وَأَمَّا قِيَامُ الْمَبِيعِ وَقْتَ الزِّيَادَةِ فَهَلْ هو شَرْطٌ لِصِحَّةِ الزِّيَادَةِ ذَكَرَ في الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّهُ

شَرْطٌ ولم يذكر الْخِلَافَ
وَرَوَى أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ عن أبي حَنِيفَةَ رحمهم (((رحمهما))) اللَّهُ في غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ أَنَّهُ ليس بِشَرْطٍ عِنْدَهُ حتى لو هَلَكَ الْمَبِيعُ في يَدِ الْمُشْتَرِي أو اسْتَهْلَكَهُ أو أَعْتَقَهُ أو دَبَّرَهُ أو اسْتَوْلَدَهَا أو كان عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ أو أَخْرَجَهُ الْمُشْتَرِي عن مِلْكِهِ جَازَتْ الزِّيَادَةُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا تَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الزِّيَادَةَ تَصَرُّفٌ في الْعَقْدِ بِالتَّغْيِيرِ وَالْعَقْدُ مُنْعَدِمٌ حَقِيقَةً إلَّا أَنَّهُ يعطي له حُكْمُ الْقِيَامِ لِقِيَامِ أَثَرِهِ وهو الْمِلْكُ ولم يَبْقَ بِهَلَاكِ الْعَيْنِ حَقِيقَةً أو حُكْمًا فلم يَبْقَ الْعَقْدُ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَا يَحْتَمِلُ التَّغْيِيرَ بِالزِّيَادَةِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَثْبُتُ عِنْدَنَا بِطَرِيقِ الِاسْتِنَادِ وَالْمُسْتَنِدُ يَثْبُتُ لِلْحَالِ ثُمَّ يَسْتَنِدُ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَجْعَلَ شيئا من الْمَبِيعِ بِمُقَابَلَةِ الزِّيَادَةِ لِلْحَالِ وَلَا يُتَصَوَّرُ ذلك بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ فَلَا يَحْتَمِلُ الِاسْتِنَادَ وَلِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ لها حِصَّةٌ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذلك بَعْدَ الْهَلَاكِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الزِّيَادَةَ في الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ لَا تَسْتَدْعِي الْمُقَابَلَةَ لِأَنَّهَا رِبْحٌ في الْحَقِيقَةِ وَإِنْ كانت مَبِيعًا وَثَمَنًا صُورَةً وَتَسْمِيَةً وَمِنْ شَأْنِ الرِّبْحِ أَنْ لَا يُقَابِلَهُ شَيْءٌ فَلَا يَكُونُ قِيَامُ الْمَبِيعِ شَرْطًا لِصِحَّتِهَا
وَقَوْلُهُ الْعَقْدُ مُنْعَدِمٌ عِنْدَ الزِّيَادَةِ قُلْنَا الزِّيَادَةُ عِنْدَنَا تُجْعَلُ كَالْمَوْجُودِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ عِنْدَ وُجُودِهِ يَحْتَمِلُ التَّغْيِيرَ إنْ كانت الزِّيَادَةُ تغيرا (((تغييرا))) على أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ قِيَامَ الْمَبِيعِ شَرْطٌ لِبَقَاءِ الْبَيْعِ فإن الْبَيْعَ بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ يَحْتَمِلُ الانتقاض (((الانتفاض))) في الْجُمْلَةِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ فإن الْمُشْتَرِيَ إذَا اطَّلَعَ على عَيْبٍ كان بِهِ قبل الْهَلَاكِ يَرْجِعُ عليه بِالنُّقْصَانِ وَالرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ فَسْخٌ لِلْبَيْعِ في قَدْرِ الْفَائِتِ بِالْعَيْبِ بَعْدَ هَلَاكِهِ وَهَلَاكِ جَمِيعِ الْمَعْقُودِ عليه دَلَّ أَنَّ الْعَقْدَ يَجُوزُ أَنْ يَبْقَى بَعْدَ هَلَاكِ الْمَعْقُودِ عليه في الْجُمْلَةِ إذَا كان في بَقَائِهِ فَائِدَةٌ وَهَهُنَا في بَقَائِهِ فَائِدَةٌ فيبقي في حَقِّهِ كما في حَقِّ الرُّجُوعِ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الزِّيَادَةُ في مَهْرِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا أنها جَائِزَةٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا تَجُوزُ وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا بِجَارِيَةٍ وَتَقَابَضَا ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ زَادَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ جَازَتْ الزِّيَادَةُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ
أَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ هَلَاكَ الْمَبِيعِ عِنْدَهُ لَا يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ وَأَمَّا عِنْدَ أبي يُوسُفَ فَلِأَنَّهُمَا تَبَايَعَا عَيْنًا بِعَيْنٍ وَالْعَقْدُ عِنْدَهُ إذَا وَقَعَ على عَيْنٍ بِعَيْنٍ فَهَلَاكُ أَحَدِ الْعَيْنَيْنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ فَلَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الزِّيَادَةِ وَلَوْ كان الْمَبِيعُ قَائِمًا لَكِنْ قَطَعَ رَجُلٌ يَدَهُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَأَخَذَ أَرْشَهَا ثُمَّ زَادَ الْمُشْتَرِي في الثَّمَنِ شيئا جَازَتْ الزِّيَادَةُ
أَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ هَلَاكَ جَمِيعِ الْمَعْقُودِ عليه لَا يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ فَهَلَاكُ الْبَعْضِ أَوْلَى
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه قَائِمٌ فَكَانَ الْعَقْدُ قَائِمًا فَكَانَ مُحْتَمِلًا لِلتَّغْيِيرِ بِالزِّيَادَةِ وَلَوْ رَهَنَ الْمَبِيعَ أو آجَرَهُ ثُمَّ زَادَ الْمُشْتَرِي في الثَّمَنِ جَازَتْ الزِّيَادَةُ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا على اخْتِلَافِ الْأَصْلَيْنِ على ما ذَكَرْنَا وقال مُحَمَّدٌ لو اشْتَرَى جَارِيَةً وَقَبَضَهَا فَمَاتَتْ في يَدِهِ وزاد الْبَائِعُ الْمُشْتَرِيَ جَارِيَةً أُخْرَى فَالزِّيَادَةُ جَائِزَةٌ لِأَنَّ زِيَادَةَ الْمَبِيعِ تَثْبُتُ بِمُقَابَلَةِ الثَّمَنِ وَالثَّمَنُ قَائِمٌ وَلَوْ زَادَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ لم يَجُزْ لِأَنَّ زِيَادَةَ الثَّمَنِ تَثْبُتُ مُقَابَلَةً بِالْمَبِيعِ وَأَنَّهُ هَالِكٌ
وَهَذَا على قِيَاسِ قَوْلِهِمَا أن قِيَامَ الْمَبِيعِ شَرْطٌ لِجَوَازِ الزِّيَادَةِ فَهَلَاكُهُ يَكُونُ مَانِعًا أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَالزِّيَادَةُ في الْحَالَيْنِ جَائِزَةٌ لِأَنَّ قِيَامَ الْمَبِيعِ عِنْدَهُ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الزِّيَادَةِ فَلَا يَكُونُ هَلَاكُهُ مَانِعًا وَاللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا قِيَامُ الْمَعْقُودِ عليه فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْحَطِّ بِالْإِجْمَاعِ أَمَّا عِنْدَ أبي

حَنِيفَةَ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الزِّيَادَةِ فَالْحَطُّ أَوْلَى
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّهُ ليس من شَرْطِ صِحَّةِ الْحَطِّ أَنْ يَلْتَحِقَ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لَا مَحَالَةَ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَصِحُّ الْحَطُّ عن جَمِيعِ الثَّمَنِ فَلَا يَلْتَحِقُ إذْ لو الْتَحَقَ لعرى الْعَقْدُ عن الثَّمَنِ فلم يَلْتَحِقْ وَاعْتُبِرَ حَطًّا لِلْحَالِ وَلِأَنَّ الْحَطَّ ليس تَصَرُّفَ مُقَابَلَةٍ لِيُشْتَرَطَ له قِيَامُ الْمَحِلِّ الْقَابِلِ بَلْ هو تَصَرُّفٌ في الثَّمَنِ بِإِسْقَاطِ شَطْرِهِ فَلَا يُرَاعَى له قِيَامُ الْمَعْقُودِ عليه بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ فَلِذَلِكَ اخْتَلَفَا ثُمَّ الزِّيَادَةُ مع الْحَطِّ يَخْتَلِفَانِ في حُكْمٍ آخَرَ وهو أَنَّ الزِّيَادَةَ تَنْقَسِمُ على قَدْرِ قِيمَةِ الْمَبِيعِ وَالْحَطُّ لَا يَنْقَسِمُ كما لو اشْتَرَى عَبْدَيْنِ من رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَزَادَهُ الْمُشْتَرِي مِائَةَ دِرْهَمٍ فإن الزِّيَادَةَ تَنْقَسِمُ على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا سَوَاءٌ اشْتَرَى ولم يُسَمِّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا أو سَمَّى
وَإِنْ حَطَّ الْبَائِعُ عن الْمُشْتَرِي مِائَةَ دِرْهَمٍ كان الْحَطُّ نِصْفَيْنِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الثَّمَنَ يُقَابِلُ الْمَبِيعَ فإذا زَادَ في ثَمَنِ الْمَبِيعَيْنِ مُطْلَقًا فَلَا بُدَّ وَأَنْ تُقَابِلَهُمَا الزِّيَادَةُ كَأَصْلِ الثَّمَنِ وَالْمُقَابَلَةُ في غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا تَقْتَضِي الِانْفِسَاخَ من حَيْثُ الْقِيمَةُ حُكْمًا لِلْمُعَاوَضَةِ وَالْمُزَاحَمَةِ كَمُقَابَلَةِ أَصْلِ الثَّمَنِ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ

بِخِلَافِ الْحَطِّ فإنه لَا تَعَلُّقَ له بِالْمَبِيعِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ في الْمَبِيعِ خَاصَّةً بِإِسْقَاطِ بَعْضِهِ فإذا حَطَّ من ثَمَنِهِمَا مُطْلَقًا فَقَدْ سَوَّى بَيْنَهُمَا في الْحَطِّ فَكَانَ الْحَطُّ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَإِنْ كان

ثَمَنُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ وَلَا يُلْتَفَتُ إلَى زِيَادَةِ قَدْرِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْحَطَّ غَيْرُ مُقَابَلٍ بِالثَّمَنِ حتى تُعْتَبَرَ قِيمَةُ الْقَدْرِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الْجَوَازِ فَالزِّيَادَةُ في الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ عِنْدَنَا تَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ كان الْعَقْدَ من الِابْتِدَاءِ وَرَدَّ على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ جميعا إذَا لم يَتَضَمَّنْ الِالْتِحَاقُ فَسَادَ أَصْلِ الْعَقْدِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا
وَكَذَلِكَ الْحَطُّ فَأَمَّا إذَا تَضَمَّنَ ذلك بِأَنْ كانت الزِّيَادَةُ في الْأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ فَهَلْ يَلْتَحِقُ بِهِ وَيُفْسِدُهُ أَمْ لَا يَلْتَحِقُ بِهِ وَكَذَلِكَ الْحَطُّ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا في ذلك قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه الزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ يَلْتَحِقَانِ بِأَصْلِ الْعَقْدِ وَيُفْسِدَانِهِ وقال أبو يُوسُفَ يُبْطِلَانِهِ وَلَا يَلْتَحِقَانِ بِأَصْلٍ وَأَصْلُ الْعَقْدِ صَحِيحٌ على حَالِهِ
وقال مُحَمَّدٌ الزِّيَادَةُ بَاطِلَةٌ وَالْعَقْدُ على حَالِهِ وَالْحَطُّ جَائِزٌ هِبَةً مُبْتَدَأَةً وَهَذَا بِنَاءً على أَصْلٍ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ الْمُتَأَخِّرَ عن الْعَقْدِ الصَّحِيحِ إذَا أُلْحِقَ بِهِ هل يَلْتَحِقُ بِهِ وَيُؤَثِّرُ في فَسَادِهِ أَمْ لَا وهو على الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا أَنَّ الزِّيَادَةَ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ فَاسِدٍ مُتَأَخِّرٍ عن الْعَقْدِ الصَّحِيحِ أُلْحِقَ بِهِ فَأَبُو يُوسُفَ يقول لَا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ في أَمْوَالِ الرِّبَا لِأَنَّ ذلك لو صَحَّ لَالْتَحَقَ بِأَصْلِ الْعَقْدِ
وَلَوْ الْتَحَقَ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لَأَوْجَبَ فَسَادَ أَصْلِ الْعَقْدِ لِتَحَقُّقِ الرِّبَا فلم يَصِحَّ فَبَقِيَ أَصْلُ الْعَقْدِ صَحِيحًا كما كان وَمُحَمَّدٌ يقول لَا يصلح (((تصح))) الزِّيَادَةُ لِمَا قَالَهُ أبو يُوسُفَ فلم تُؤَثِّرْ في أَصْلِ الْعَقْدِ فَبَقِيَ على حَالِهِ وَيَصِحُّ الْحَطُّ لِأَنَّ الِالْتِحَاقَ من لَوَازِمِ الزِّيَادَةِ فَأَمَّا ما ليس من لَوَازِمِ الزِّيَادَةِ فَلَا يَصِحُّ الْحَطُّ على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وأبو حَنِيفَةَ يقول الزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ صَحِيحَانِ زِيَادَةً وَحَطًّا لِأَنَّ الْعَاقِدَيْنِ أَوْقَعَاهُمَا زِيَادَةً وَحَطًّا وَلَهُمَا وِلَايَةُ فَيَقَعَانِ زِيَادَةً وَحَطًّا وَمِنْ شَأْنِ الزِّيَادَةِ وَالْحَطِّ الِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَيَلْتَحِقَانِ بِهِ فَكَانَتْ الزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ هَهُنَا إبْطَالًا لِلْعَقْدِ السَّابِقِ وَلَهُمَا وِلَايَةُ الْإِبْطَالِ بِالْفَسْخِ وَكَذَا بِالزِّيَادَةِ وَالْحَطِّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا الْبَيْعُ الذي فيه خِيَارٌ فَلَا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ حُكْمِهِ إلَّا بَعْدَ مَعْرِفَةِ أَنْوَاعِ الْخِيَارَاتِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْخِيَارَاتُ نَوْعَانِ نَوْعٌ يَثْبُتُ شَرْطًا وَنَوْعٌ يَثْبُتُ شَرْعًا لَا شَرْطًا وَالشَّرْطُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَثْبُتَ نَصًّا وَإِمَّا أَنْ يَثْبُتَ دَلَالَةً
أَمَّا الْخِيَارُ الثَّابِتُ بِالشَّرْطِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا يُسَمَّى خِيَارُ التَّعْيِينِ
وَالثَّانِي خِيَارُ الشَّرْطِ
أَمَّا خِيَارُ التَّعْيِينِ فَالْكَلَامُ فيه في جَوَازِ الْبَيْعِ الذي فيه خِيَارُ التَّعْيِينِ قد ذَكَرْنَاهُ في مَوْضِعِهِ وَإِنَّمَا الْحَاجَةُ هَهُنَا إلَى بَيَانِ حُكْمِ هذا الْبَيْعِ وَإِلَى بَيَانِ صِفَةِ الْحُكْمِ وَإِلَى بَيَانِ ما يَبْطُلُ بِهِ الْخِيَارُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَيَلْزَمُ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَحُكْمُهُ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي في أَحَدِ الْمَذْكُورَيْنِ غير عَيْنٍ وَخِيَارُ التَّعْيِينِ أليه عُرِفَ ذلك بِنَصِّ كَلَامِهِمَا حَيْثُ قال الْبَائِعُ بِعْت مِنْك أَحَدَ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ أو هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ أو الدَّابَّتَيْنِ أو غَيْرِهِمَا من الْأَشْيَاءِ الْمُتَفَاوِتَةِ على أَنْ تَأْخُذَ أَيَّهُمَا شِئْت وَقَبِلَ الْمُشْتَرِي
وَهَذَا يُوجِبُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي في أَحَدِهِمَا وَثُبُوتَ خِيَارِ التَّعْيِينِ له وَالْآخَرُ يَكُونُ مِلْكُ الْبَائِعِ أَمَانَةً في يَدِهِ ذَا قَبَضَهُ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لَا على وَجْهِ التَّمْلِيكِ وَلَا على وَجْهِ الثُّبُوتِ فَكَانَ أَمَانَةً وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَهُمَا جميعا لِأَنَّ الْمَبِيعَ أَحَدُهُمَا
وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا قبل الْقَبْضِ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْهَالِكُ هو الْمَبِيعُ فَيَبْطُلُ الْبَيْعُ بِهَلَاكِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ غَيْرَهُ فَلَا يَبْطُلُ وَالْبَيْعُ قد صَحَّ بِيَقِينٍ وَوَقَعَ الشَّكُّ في بُطْلَانِهِ فَلَا يَبْطُلُ بِالشَّكِّ وَلَكِنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِثَمَنِهِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ الْمَبِيعَ قد تَغَيَّرَ قب (((قبل))) الْقَبْضِ بِالتَّعْيِينِ فَيُوجِبُ الْخِيَارَ وَكَذَلِكَ لو كان اشْتَرَى أَحَدَ الْأَثْوَابِ الثَّلَاثَةِ فَهَلَكَ وَاحِدٌ منها وَبَقِيَ اثْنَانِ لَا يَبْطُلُ لِمَا قُلْنَا وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ لِأَنَّ الْمَالِكَ إذَا لم يُعَيِّنْ الْمَبِيعَ كان أَحَدَ الْبَاقِينَ فَكَانَ له أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ وَلَهُ أَنْ يَتْرُكَهُمَا كما لو اشْتَرَى أَحَدَهُمَا من الِابْتِدَاءِ
وَلَوْ هَلَكَ الْكُلُّ قبل الْقَبْضِ بَطَلَ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمَبِيعَ قد هَلَكَ بقين (((بيقين))) فَيَبْطُلُ الْبَيْعُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا صِفَةُ هذا الْحُكْمِ فَهُوَ أَنَّ الْمِلْكَ الثبت (((الثابت))) بهذا الْبَيْعِ قبل الِاخْتِيَارِ مِلْكٌ غَيْرُ لَازِمٍ وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّهُمَا جميعا لِأَنَّ خِيَارَ التَّعْيِينِ يَمْنَعُ لُزُومَ الْعَقْدِ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ فَيَمْنَعُ لُزُومَ الْمِلْكِ فَكَانَ مُحْتَمِلًا لِلْفَسْخِ وَهَذَا لِأَنَّ جَوَازَ هذا النَّوْعِ من الْبَيْعِ إنَّمَا يَثْبُتُ بِتَعَامُلِ الناس لِحَاجَتِهِمْ إلَى ذلك لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ وَلَا تَنْعَدِمُ حَاجَتُهُمْ إلَّا بَعْدَ اللُّزُومِ
لِأَنَّهُ عَسَى لَا يُوَافِقُهُ كِلَاهُمَا جميعا فَيَحْتَاجَ إلَى رَدِّهِمَا
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَبْطُلُ بِهِ الْخِيَارُ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ ما يَبْطُلُ بِهِ الْخِيَارُ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ في الْأَصْلِ نَوْعَانِ اخْتِيَارِيٌّ وَضَرُورِيٌّ وَالِاخْتِيَارِيُّ نَوْعَانِ أَحَدُهُمَا صَرِيحُ الِاخْتِيَارِ وما يَجْرِي مَجْرَى الصَّرِيحِ وَالثَّانِي الِاخْتِيَارُ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ
أَمَّا الصَّرِيحُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ

اخْتَرْت هذا الثَّوْبَ أو شِئْته أو رَضِيت بِهِ أو اخْتَرْته وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى لِأَنَّهُ لَمَّا اخْتَارَ أَحَدَهُمَا فَقَدْ عَيَّنَ مِلْكَهُ فيه فَيَسْقُطُ خِيَارُ التَّعْيِينِ وَلَزِمَ الْبَيْعُ
وَأَمَّا الِاخْتِيَارُ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ فَهُوَ أَنْ يُوجَدَ منه فِعْلٌ في أَحَدِهِمَا يَدُلُّ على تَعْيِينِ الْمِلْكِ فيه وهو كُلُّ تَصَرُّفٍ هو دَلِيلُ اخْتِيَارِ الْمِلْكِ في الشِّرَاءِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَسَنَذْكُرُ ذلك في الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلَوْ تَصَرَّفَ الْبَائِعُ في أَحَدِهِمَا فَتَصَرُّفُهُ مَوْقُوفٌ إنْ تَعَيَّنَ ما تَصَرَّفَ فيه لِلْبَيْعِ لم يَنْفُذْ تَصَرُّفُهُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَصَرَّفَ في مِلْكِ غَيْرِهِ وَإِنْ تَعَيَّنَ ما تَصَرَّفَ فيه لِلْأَمَانَةِ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ إنه تَصَرَّفَ في مِلْكِ نَفْسِهِ فَيَنْفُذُ
وَأَمَّا الضَّرُورِيُّ فَنَحْوَ أَنْ يَهْلِكَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْقَبْضِ فَيَبْطُلَ الْخِيَارُ لِأَنَّ الْهَالِكَ مِنْهُمَا تَعَيَّنَ لِلْبَيْعِ وَلَزِمَهُ ثَمَنُهُ وَتَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْأَمَانَةِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مَبِيعٌ وَالْآخَرُ أَمَانَةٌ وَالْأَمَانَةُ مِنْهُمَا مُسْتَحَقُّ الرَّدِّ على الْبَائِعِ وقد خَرَجَ الْهَالِكُ عن احْتِمَالِ الرَّدِّ فيه فَتَعَيَّنَ الْبَاقِي لِلرَّدِّ فَتَعَيَّنَ الْهَالِكُ لِلْبَيْعِ ضَرُورَةً
وَلَوْ هَلَكَا جميعا قبل الْقَبْضِ فَلَا يَخْلُو إمَّا إن هَلَكَا على التَّعَاقُبِ وَإِمَّا إن هَلَكَا مَعًا فَإِنْ هَلَكَا على التَّعَاقُبِ فَالْأَوَّلُ يَهْلِكُ مَبِيعًا وَالْآخَرُ أَمَانَةً لِمَا ذَكَرْنَا
وَإِنْ هَلَكَا مَعًا لَزِمَهُ ثَمَنُ نِصْفِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ ليس أَحَدُهُمَا بِالتَّعْيِينِ أَوْلَى من الْآخَرِ فَشَاعَ الْبَيْعُ فِيهِمَا جميعا
وَلَوْ هَلَكَا على التَّعَاقُبِ لَكِنَّهُمَا اخْتَلَفَا في تَرْتِيبِ الْهَلَاكِ فَإِنْ كان ثَمَنُهُمَا مُتَسَاوِيًا فَلَا فَائِدَةَ في هذا الِاخْتِلَافِ لِأَنَّ أَيَّهُمَا هَلَكَ أَوَّلًا فَثَمَنُ الْآخَرِ مِثْلُهُ فَلَا يُفِيدُ الِاخْتِلَافُ
وَإِنْ كان مُتَفَاوِتًا بِأَنْ كان ثَمَنُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ فَادَّعَى الْبَائِعُ هَلَاكَ أَكْثَرِهِمَا ثَمَنًا وَادَّعَى الْمُشْتَرِي هَلَاكَ أَقَلِّهِمَا ثَمَنًا
كان أبو يُوسُفَ أَوَّلًا يقول يَتَحَالَفَانِ وَأَيُّهُمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى صَاحِبِهِ وَإِنْ حَلَفَا جميعا يُجْعَلُ كَأَنَّهُمَا هَلَكَا مَعًا وَيَلْزَمُهُ ثَمَنُ نِصْفِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا
ثُمَّ رَجَعَ وقال الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مع يَمِينِهِ وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا على أَصْلِ الدَّيْنِ وَاخْتَلَفَا في قَدْرِهِ
وَالْأَصْلُ أَنَّ الِاخْتِلَافَ مَتَى وَقَعَ بين صَاحِبِ الدَّيْنِ وَبَيْنَ الْمَدْيُونِ في قَدْرِ الدَّيْنِ أو في جِنْسِهِ أو نَوْعِهِ أو صِفَتِهِ كان الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَدْيُونِ مع يَمِينِهِ لِأَنَّ صَاحِبَ الدَّيْنِ يَدَّعِي عليه زِيَادَةً وهو يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ لِأَنَّهُ صَاحِبُ الدَّيْنِ وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَسَقَطَتْ الْيَمِينُ وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْبَائِعِ لِأَنَّهَا تُظْهِرُ زِيَادَةً
وَلَوْ تَعَيَّبَ أَحَدُهُمَا فَإِنْ كان قبل الْقَبْضِ لَا يَتَعَيَّنُ الْمَعِيبُ لِلْبَيْعِ لِأَنَّ التَّعْيِينَ لم يُوجَدْ لَا نَصًّا وَلَا دَلَالَةً وَلَا ضَرُورَةَ إلَى التَّعْيِينِ أَيْضًا لِإِمْكَانِ الرَّدِّ وَالْمُشْتَرِي على خِيَارِهِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَعِيبَ مِنْهُمَا وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْآخَرَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمَا كما لو لم يَتَعَيَّبْ أَصْلًا فَإِنْ أَخَذَ الْمَعِيبَ مِنْهُمَا أَخَذَهُ بِجَمِيعِ ثَمَنِهِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ هو الْمَبِيعُ من الْأَصْلِ وَكَذَلِكَ لو تَعَيَّبَا جميعا فَالْمُشْتَرِي على خِيَارِهِ لِمَا قُلْنَا
وَإِنْ كان بَعْدَ الْقَبْضِ تَعَيَّنَ الْمَعِيبُ لِلْبَيْعِ وَلَزِمَهُ ثَمَنُهُ وَتَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْأَمَانَةِ كما إذَا هَلَكَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْقَبْضِ لِأَنَّ تَعَيُّبَ الْمَبِيعِ هَلَاكُ بَعْضِهِ فَلِهَذَا مُنِعَ الرَّدُّ وَلَزِمَ الْبَيْعُ في الْمَبِيعِ الْمُعَيَّنِ فَكَذَا في غَيْرِ الْمُعَيَّنِ يَمْنَعُ الرَّدَّ وَتَعَيَّنَ الْمَبِيعُ
وَلَوْ تَعَيَّبَا جميعا فَإِنْ كان على التَّعَاقُبِ تَعَيَّنَ الْأَوَّلُ لِلْبَيْعِ وَلَزِمَهُ ثَمَنُهُ وَيُرَدُّ الْآخَرُ لِمَا قُلْنَا وَلَا يَغْرَمُ بِحُدُوثِ الْعَيْبِ شيئا لِمَا قُلْنَا إنَّهُ أَمَانَةٌ

وَإِنْ تَعَيَّبَا مَعًا لَا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا لِلْبَيْعِ لِأَنَّهُ ليس أَحَدُهُمَا بِالتَّعْيِينِ أَوْلَى من الْآخَرِ وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ بِثَمَنِهِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَتَعَيَّنْ أَحَدُهُمَا لِلْبَيْعِ بَقِيَ الْمُشْتَرِي على خِيَارِهِ إلَّا أَنَّهُ ليس له أَنْ يَرُدَّهُمَا جميعا لِأَنَّ الْبَيْعَ قد لَزِمَ في أَحَدِهِمَا بِتَعْيِيبِهِمَا في يَدِ الْمُشْتَرِي وَبَطَلَ خِيَارُ الشَّرْطِ

وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ من يقول من الْمَشَايِخِ إنَّ هذا الْبَيْعَ فيه خِيَارَانِ خِيَارُ التَّعْيِينِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ وَلَا بُدَّ له من رُتْبَةٍ مَعْلُومَةٍ إذْ لو لم يَكُنْ لَمَلَكَ رَدَّهُمَا جميعا كما لو لم يَتَعَيَّبْ أَحَدُهُمَا أَصْلًا لَكِنَّهُ لم يَمْلِكْ لِأَنَّ رَدَّهُمَا جميعا قبل التَّعْيِيبِ ثَبَتَ حُكْمًا لِخِيَارِ الشَّرْطِ وقد بَطَلَ خِيَارُ الشَّرْطِ بَعْدَ تَعَيُّبِهِمَا مَعًا فلم يَمْلِكْ رَدَّهُمَا وَبَقِيَ خِيَارُ التَّعْيِينِ فَيَمْلِكُ رَدَّ أَحَدِهِمَا

وَلَوْ ازْدَادَ عَيْبُ أَحَدِهِمَا أو حَدَثَ معه غَيْرُهُ لَزِمَهُ ذلك لِأَنَّ عَدَمَ التَّعْيِينِ لِلْمُزَاحَمَةِ وقد بَطَلَتْ بِزِيَادَةِ عَيْبِ أَحَدِهِمَا أو حُدُوثِ عَيْبٍ آخَرَ معه وَلَا يَبْطُلُ هذا الْخِيَارُ بِمَوْتِ الْمُشْتَرِي بَلْ يُورَثُ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ لِأَنَّ خِيَارَ التَّعْيِينِ إنَّمَا يَثْبُتُ لِلْمُوَرِّثِ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ له في أَحَدِهِمَا غير عَيْنٍ وقد قام الْوَارِثُ مَقَامَهُ في ذلك الْمِلْكِ فَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ أَيَّهُمَا شَاءَ دُونَ الْآخَرِ إلَّا أَنَّهُ ليس له أَنْ يَرُدَّهُمَا جميعا وقد كان لِلْمُوَرِّثِ ذلك

وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ أُولَئِكَ الْمَشَايِخِ أَنَّهُ لَا بُدَّ من خِيَارَيْنِ في هذا الْبَيْعِ وقد بَطَلَ أَحَدُهُمَا وهو خِيَارُ الشَّرْطِ بِالْمَوْتِ لِأَنَّهُ لَا يُورَثُ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا فَبَطَلَ الْحُكْمُ الْمُخْتَصُّ بِهِ وهو وِلَايَةُ رَدِّهِمَا جميعا

هذا إذَا اشْتَرَى أَحَدَهُمَا شِرَاءً صَحِيحًا

فَأَمَّا إذَا اشْتَرَى أَحَدَهُمَا شِرَاءً فَاسِدًا بِأَنْ قال الْبَائِعُ بِعْت مِنْك أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ بِكَذَا ولم يذكر الْخِيَارَ أَصْلًا فإن الْمُشْتَرِيَ لَا يَمْلِكُ وَاحِدًا مِنْهُمَا قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ قبل الْقَبْضِ

فَإِنْ قَبَضَهُمَا مَلَكَ أَحَدَهُمَا مِلْكًا فَاسِدًا

وَأَيُّهُمَا هَلَكَ لَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ لِلْبَيْعِ وَالْبَيْعُ الْفَاسِدُ يُوجِبُ الْمِلْكَ بِالْقِيمَةِ وَلَوْ هلك (((هلكا))) أحدهما فَإِنْ كانت على التَّعَاقُبِ لَزِمَتْهُ قِيمَةُ الْهَالِكِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ لِلْبَيْعِ وإنه بَيْعٌ فَاسِدٌ فَيُفِيدُ الْمِلْكَ بِالْقِيمَةِ

ولو هَلَكَا مَعًا لَزِمَهُ نِصْفُ قِيمَةِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ ليس أَحَدُهُمَا بِتَعْيِينِهِ لِلْبَيْعِ أَوْلَى من الْآخَرِ فَشَاعَ الْبَيْعُ فِيهِمَا وَلَوْ تَعَيَّبَ أَحَدُهُمَا فَعَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّهُمَا جميعا أَمَّا غَيْرُ الْمَعِيبِ فَلِأَنَّهُ أَمَانَةٌ وَأَمَّا الْمَعِيبُ فَلِأَنَّهُ تَعَيَّنَ لِلْبَيْعِ وَالْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا وَاجِبُ الرَّدِّ فَيَرُدُّهُمَا وَيَرُدُّ مَعَهُمَا نِصْفَ نُقْصَانِ الْعَيْبِ لِأَنَّ الْمُتَعَيِّبَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هو الْمَبِيعُ فَيَجِبُ نُقْصَانُ الْعَيْبِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هو الْأَمَانَةُ فَلَا يَجِبُ شَيْءٌ وَلَا دَلَالَةَ على التَّعْيِينِ فَيَتَنَصَّفُ الْوَاجِبُ

وَلَوْ تَعَيَّبَ الْآخَرُ بَعْدَ ذلك

وَكَذَا الْجَوَابُ في نُقْصَانِ الْآخَرِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا أَمَانَةٌ وَالْآخَرَ مَضْمُونٌ بِالْقِيمَةِ وَلَوْ تَعَيَّبَا مَعًا فَكَذَلِكَ يَرُدُّهُمَا مع نِصْفِ نُقْصَانِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّ أَحَدَهُمَا ليس بِأَوْلَى من الْآخَرِ في التَّعْيِينِ لِلْبَيْعِ

وَلَوْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي في أَحَدِهِمَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فيه وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ في الْآخَرِ بَعْدَ ذلك لِأَنَّ الْمُتَصَرَّفَ فيه تَعَيَّنَ لِلْبَيْعِ

وَلَوْ تَصَرَّفَ الْبَائِعُ في أَحَدِهِمَا فَتَصَرُّفُهُ مَوْقُوفٌ إنْ رُدَّ ذلك عليه نَفَذَ تَصَرُّفُهُ فيه لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَصَرَّفَ في مِلْكِ نَفْسِهِ وَإِنْ لم يُرَدَّ عليه وَتَصَرَّفَ فيه الْمُشْتَرِي نَفَذَ تَصَرُّفُهُ فيه وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ وَبَطَلَ تَصَرُّفُ الْبَائِعِ فيه وَكَذَلِكَ إذَا هَلَكَ في يَدِ الْمُشْتَرِي وَالْأَصْلُ أَنَّ في كل مَوْضِعٍ يَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ الثَّمَنُ في الْبَيْعِ الصَّحِيحِ تَلْزَمُهُ الْقِيمَةُ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

هذا إذَا كان الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي أَمَّا إذَا كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَلَا يَزُولُ أَحَدُهُمَا عن مِلْكِهِ بِنَفْسِ الْبَيْعِ وَلَهُ أَنْ يُلْزِمَ الْمُشْتَرِيَ أَيَّ ثَوْبٍ شَاءَ قَبْضَهُ لِلْخِيَارِ وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي خِيَارُ التَّرْكِ لِأَنَّ الْبَيْعَ بَاتَ في جَانِبِهِ وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ لِأَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يُلْزِمَهُمَا الْمُشْتَرِيَ لِأَنَّ الْمَبِيعَ أَحَدُهُمَا وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا قبل الْقَبْضِ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَيَهْلِكُ أَمَانَةً لِمَا ذَكَرْنَا في خِيَارِ الْمُشْتَرِي وَخِيَارُ الْبَائِعِ على حَالِهِ إنْ شَاءَ أَلْزَمَ الْمُشْتَرِيَ الْبَاقِيَ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ لِلْبَيْعِ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ فيه لِأَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ وَلَيْسَ له أَنْ يُلْزِمَهُ الْهَالِكَ لِأَنَّهُ هَلَكَ أَمَانَةً

وَإِنْ هَلَكَا جميعا قبل الْقَبْضِ بَطَلَ الْبَيْعُ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ بِيَقِينٍ

وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْقَبْضِ كان الْهَالِكُ أَمَانَةً أَيْضًا كما لو هَلَكَ قبل الْقَبْضِ وَأَلْزَمَهُ الْبَاقِيَ مِنْهُمَا إنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ فيه لِأَنَّ خِيَارَ الْبَائِعِ يَمْنَعُ زَوَالَ السِّلْعَةِ عن مِلْكِهِ فَيَهْلِكُ على مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَهُ الْخِيَارُ لِمَا قُلْنَا

وَإِنْ هَلَكَا جميعا فَإِنْ كان هَلَاكُهُمَا على التَّعَاقُبِ فَالْأَوَّلُ يَهْلِكُ أَمَانَةً وَعَلَيْهِ قِيمَةُ آخِرِهِمَا هَلَاكًا لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ لِلْبَيْعِ وإنه مَبِيعٌ هَلَكَ في يَدِ الْمُشْتَرِي وَفِيهِ خِيَارٌ لِلْبَائِعِ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ وَإِنْ هَلَكَا مَعًا لَزِمَهُ نِصْفُ قِيمَةِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ ليس أَحَدُهُمَا بِالتَّعْيِينِ أَوْلَى من الْآخَرِ

وَلَوْ تَعَيَّبَ أَحَدُهُمَا أو تَعَيَّبَا مَعًا قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ فَخِيَارُ الْبَائِعِ على حَالِهِ لِأَنَّ الْمَعِيبَ لم يَتَعَيَّنْ لِلْعَيْبِ لِانْعِدَامِ الْمُعَيَّنِ فَكَانَ الْبَائِعُ على خِيَارِهِ له أَنْ يُلْزِمَ الْمُشْتَرِيَ أَيَّهُمَا شَاءَ كما قبل التَّعَيُّبِ

ثُمَّ إذَا لَزِمَهُ أَحَدُهُمَا يُنْظَرُ إنْ كان ذلك غير الْمُتَعَيَّبِ مِنْهُمَا لَزِمَهُ ما لَزِمَهُ وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي في تَرْكِهِ لِانْعِدَامِ التعين (((التعيين))) فيه

وَإِنْ كان ما لَزِمَهُ هو الْمُتَعَيَّبُ فَإِنْ تَعَيَّبَ قبل الْقَبْضِ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ قد تَغَيَّرَ قبل الْقَبْضِ وَتَغَيُّرُ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ يُوجِبُ الْخِيَارَ لِلْمُشْتَرِي

وَإِنْ تَعَيَّبَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَلَا خِيَارَ له لِأَنَّ التعين (((التعيب))) بَعْدَ الْقَبْضِ لَا يُثْبِتُ الْخِيَارَ إن شَاءَ الْبَائِعُ فَسَخَ الْبَيْعَ وَاسْتَرَدَّهُمَا لِأَنَّ الْبَيْعَ غَيْرُ لَازِمٍ فَلَهُ وِلَايَةُ الْفَسْخِ

ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان تَعَيُّبُهُمَا في يَدِ الْبَائِعِ فَلَا شَيْءَ له لِأَنَّهُمَا تَعَيَّبَا لَا في ضَمَانِ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كان تَعَيُّبُهُمَا في يَدِ الْمُشْتَرِي فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ من الْمُشْتَرِي نِصْفَ نُقْصَانِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مَضْمُونٌ عِنْدَهُ بِالْقِيمَةِ وَالْآخَرُ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ وَلَا يَعْلَمُ أَحَدَهُمَا من الْآخَرِ وَلَا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِمَا أو في أَحَدِهِمَا لِأَنَّ أَحَدَهُمَا ليس بِمَبِيعٍ بِيَقِينٍ وَالْآخَرُ مَبِيعٌ لَكِنْ لِبَائِعِهِ فيه خِيَارٌ وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ زَوَالَ الْمَبِيعِ عن مِلْكِهِ

وَلَوْ تَصَرَّفَ الْبَائِعُ في أَحَدِهِمَا جَازَ تَصَرُّفُهُ فيه وَيَتَعَيَّنُ الْآخَرُ لِلْبَيْعِ وَلَهُ خِيَارُ الْإِلْزَامِ فيه وَالْفَسْخُ وَلَوْ تَصَرَّفَ فِيهِمَا جميعا جَازَ تَصَرُّفُهُ فِيهِمَا وَيَكُونُ فَسْخًا لِلْبَيْعِ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ فِيهِمَا دَلِيلُ إقْرَارِ الْمِلْكِ فِيهِمَا فَيَضْمَنُ فَسْخَ الْبَيْعِ كما في الْمَبِيعِ الْمُعَيَّنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَأَمَّا خِيَارُ الشَّرْطِ فَالْكَلَامُ في جَوَازِ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ

وَشِرَائِهِ قد م (((مر))) في مَوْضِعِهِ وَإِنَّمَا الْحَاجَةُ هَهُنَا إلَى بَيَانِ صِفَةِ هذا الْبَيْعِ وَإِلَى بَيَانِ حُكْمِهِ وَإِلَى بَيَانِ ما يَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ وَإِلَى بَيَانِ ما يَنْفَسِخُ بِهِ الْبَيْعُ

أَمَّا صِفَتُهُ فَهِيَ أَنَّهُ بَيْعٌ غَيْرُ لَازِمٍ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَمْنَعُ لُزُومَ الصَّفْقَةِ

قال سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه الْبَيْعُ صَفْقَةٌ أو خِيَارٌ

وَلِأَنَّ الْخِيَارَ هو التَّخْيِيرُ بين الْبَيْعِ وَالْإِجَازَةِ وَهَذَا يَمْنَعُ اللُّزُومَ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ

ثُمَّ الْخِيَارُ كما يَمْنَعُ لُزُومَ الصَّفْقَةِ فَعَدَمُ الْقَبْضِ يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِنَفْسِ الْبَيْعِ مِلْكٌ غَيْرُ مُتَأَكِّدٍ وَإِنَّمَا التَّأَكُّدُ بِالْقَبْضِ وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا كان الْمَبِيعُ شيئا وَاحِدًا أو أَشْيَاءَ أَنَّهُ ليس لِمَنْ له الْخِيَارُ أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ في الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ من غَيْرِ رِضَا الْآخَرِ سَوَاءً كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ أو لِلْمُشْتَرِي وَسَوَاءً كان الْبَيْعُ مَقْبُوضًا أو غير مَقْبُوضٍ لِأَنَّ الْإِجَازَةَ في الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ في اللُّزُومِ وَكَمَا لَا يَجُوزُ تَفْرِيقُ أَصْلِ الصَّفْقَةِ وهو الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ إلَّا بِرِضَا الْعَاقِدَيْنِ بِأَنْ يَقْبَلَ الْبَيْعَ في بَعْضِ الْمَبِيعِ دُونَ الْبَعْضِ بَعْدَ إضَافَةِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ إلَى الْجُمْلَةِ وَيُوجَبُ الْبَيْعُ بَعْدَ إضَافَةِ الْقَبُولِ إلَى جُمْلَتِهِ لَا يَجُوزُ في وَصْفِهَا

وهو أَنْ يَلْزَمَ الْبَيْعُ في الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ إلَّا بِرِضَاهُمَا

وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ في يَدِ الْبَائِعِ وَالْخِيَارُ له لم يَكُنْ له أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ في الْبَاقِي إلَّا بِرِضَا الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْبَيْعَ انْفَسَخَ في قَدْرِ الْهَالِكِ فَالْإِجَازَةُ في الْبَاقِي تَكُونُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ على الْمُشْتَرِي فَلَا يَجُوزُ من غَيْرِ رِضَاهُ

وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا في يَدِ الْمُشْتَرِي فَلِلْبَائِعِ أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ في الْبَاقِي في قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ

وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يُنْتَقَضُ الْبَيْعُ وَلَيْسَ له أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ في الْبَاقِي وَإِنْ كان الْمَبِيعُ بما (((مما))) له مِثْلٌ من الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ فَهَلَكَ بَعْضُهُ فَلِلْبَائِعِ أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ في الْبَاقِي بِلَا خِلَافٍ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْإِجَازَةَ هَهُنَا بِمَنْزِلَةِ إنْشَاءِ التَّمْلِيكِ لِأَنَّ خِيَارَ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عن مِلْكِهِ فَكَانَ لِلْإِجَازَةِ حُكْمُ الْإِنْشَاءِ وَالْهَالِكُ مِنْهُمَا خَرَجَ عن احْتِمَالِ الْإِنْشَاءِ وَالْإِنْشَاءُ في الْبَاقِي تَمْلِيكٌ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ فِيمَا لَا مِثْلَ له فلم يَحْتَمِلْ الْإِنْشَاءَ وَفِيمَا له مِثْلٌ مَعْلُومَةٌ فَاحْتَمَلَ الْإِنْشَاءَ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا إن هذه الْإِجَازَةَ تُظْهِرُ أَنَّ الْعَقْدَ من حِينِ وُجُودِهِ انْعَقَدَ في حَقِّ الْحُكْمِ فلم يَكُنْ الْهَلَاكُ مَانِعًا من الْإِجَازَةِ

وَقَوْلُهُ الْإِجَازَةُ هَهُنَا إنْشَاءٌ قُلْنَا مَمْنُوعٌ فإن الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ في حَقِّ الْحُكْمِ بِدُونِ الْإِجَازَةِ من انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ وَبِمَوْتِ من له الْخِيَارُ

وَلَوْ كانت الْإِجَازَةُ إنْشَاءً لَتَوَقَّفَ حُكْمُ الْعَقْدِ على وُجُودِهَا وَهَذَا بِخِلَافِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ إذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ قبل الْإِجَازَةِ ثُمَّ أَجَازَهُ الْمَالِكُ لم يَجُزْ وَهَهُنَا جَازَ فَهَلَاكُ الْمَبِيعِ في بَيْعِ الْفُضُولِيِّ يَمْنَعُ من الْإِجَازَةِ وَهَهُنَا لَا يَمْنَعُ

وجه (((ووجه))) الْفَرْقِ أَنَّ بيع الْفُضُولِيِّ يَثْبُتُ بِطَرِيقِ الِاسْتِنَادِ وَالْمُسْتَنَدُ ظَاهِرٌ من وَجْهٍ مُقْتَصِرٌ من وَجْهٍ فَكَانَتْ الْإِجَازَةُ إظْهَارًا من وَجْهٍ إنْشَاءً من وَجْهٍ فَمِنْ حَيْثُ أنها إظْهَارٌ كان لَا يَقِفُ صِحَّتُهُ على قِيَامِ الْمَحِلِّ وَمِنْ حَيْثُ أنها إنْشَاءٌ يَقِفُ عليه

فَأَمَّا الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَالْحُكْمُ يَثْبُتُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ بِطَرِيقِ الظُّهُورِ الْمَحْضِ فَكَانَتْ الْإِجَازَةُ إظهارا (((لإظهار))) أَنَّ الْعَقْدَ من وَقْتِ وُجُودِهِ انْعَقَدَ في

حَقِّ الْحُكْمِ وَالْمَحِلُّ كان قَابِلًا وَقْتَ الْعَقْدِ فَهَلَاكُهُ بَعْدَ ذلك لَا يَمْنَعُ من الْإِجَازَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ في رَجُلَيْنِ اشْتَرَيَا شيئا على أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ فيه ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَاخْتَارَ أَنَّهُ يَلْزَمُ الْبَيْعُ حتى لَا يَمْلِكَ الْآخَرُ الْفَسْخَ احْتِرَازًا عن تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ في اللُّزُومِ وَسَنَذْكُرُ الْمَسْأَلَةَ في خِيَارِ الْعَيْبِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا حُكْمُ هذا الْبَيْعِ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فيه قال أَصْحَابُنَا لَا حُكْمَ لِلْحَالِ وَالْخِيَارُ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْعَقْدِ في الْحُكْمِ لِلْحَالِ لِمَنْ له الْخِيَارُ بَلْ هو لِلْحَالِ مَوْقُوفٌ على مَعْنَى أَنَّهُ لَا يُعْرَفُ حُكْمُهُ لِلْحَالِ وَإِنَّمَا يُعْرَفُ عِنْدَ سُقُوطِ الْخِيَارِ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي أَنَّهُ يَتَّصِلُ بِهِ الْفَسْخُ أو الْإِجَازَةُ فَيُتَوَقَّفُ في الْجَوَابِ لِلْحَالِ وَهَذَا تَفْسِيرُ التَّوَقُّفِ عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في قَوْلٍ مِثْلَ قَوْلِنَا وفي قَوْلٍ هو مُنْعَقِدٌ مُفِيدٌ لِلتَّمَلُّكِ لَكِنَّ مِلْكًا مُسَلَّطًا على فَسْخِهِ بِالْخِيَارِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَا يُفَارِقُ الْبَيْعَ الْبَاتَّ إلَّا في الْخِيَارِ وَالْخِيَارُ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ كَخِيَارِ الْعَيْبِ بِالْإِجْمَاعِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ على أَصْلِكُمْ
وَلَنَا أَنَّ جَوَازَ هذا الْبَيْعِ مع أَنَّهُ مَعْدُولٌ بِهِ عن الْقِيَاسِ لِلْحَاجَةِ إلَى دَفْعِ الْغَبْنِ وَلَا انْدِفَاعَ لِهَذِهِ الْحَاجَةِ إلَّا بِامْتِنَاعِ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْحَالِ لِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنْ يَكُونَ المشتري قَرِيبَ الْمُشْتَرِي فَلَوْ مَلَكَهُ لِلْحَالِ لَعَتَقَ عليه لِلْحَالِ فَلَا تَنْدَفِعُ حَاجَتُهُ ثُمَّ الْخِيَارُ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ كان لِلْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي جميعا وَإِمَّا إنْ كان لِلْبَائِعِ وَحْدَهُ وَإِمَّا إنْ كان لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ وَإِمَّا إنْ كان لِغَيْرِهِمَا بِأَنْ شَرَطَ أَحَدُهُمَا الْخِيَارَ لِثَالِثٍ فَإِنْ كان الْخِيَارُ لَهُمَا فَلَا يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ في حَقِّ الْحُكْمِ في الْبَدَلَيْنِ جميعا فَلَا يَزُولُ الْمَبِيعُ عن

مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَا يَدْخُلُ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي
وَكَذَا لَا يَزُولُ الثَّمَنُ عن مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَلَا يَدْخُلُ في مِلْكِ الْبَائِعِ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الِانْعِقَادِ في حَقِّ الحكم (((حكم))) مَوْجُودٌ في الْجَانِبَيْنِ جميعا وهو الْخِيَارُ وَإِنْ كان البائع (((للبائع))) وَحْدَهُ فَلَا يَنْعَقِدُ في الْحُكْمِ في حَقِّهِ حتى لَا يَزُولَ الْمَبِيعُ عن مِلْكِهِ وَلَا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَتَصَرَّفَ فيه وَيَخْرُجُ الثَّمَنُ عن مِلْكِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْبَيْعَ بَاتٌّ في حَقِّهِ وَهَلْ يَدْخُلُ في مِلْكِ الْبَائِعِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا يَدْخُلُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَدْخُلُ وَإِنْ كان لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ لَا يَنْعَقِدُ في حَقِّ الْحُكْمِ في حَقِّهِ حتى لَا يَزُولَ الثَّمَنُ عن مِلْكِهِ
وَلَا يَجُوزُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فيه إذَا كان عَيْنًا وَلَا يَسْتَحِقَّهُ على الْمُشْتَرِي إذَا كان دَيْنًا وَيَخْرُجَ الْمَبِيعُ عن مِلْكِ الْبَائِعِ حتى لَا يَجُوزَ له التَّصَرُّفُ فيه لِأَنَّ لاالبيع (((البيع))) بَاتٌّ في حَقِّهِ وَهَلْ يَدْخُلُ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا يَدْخُلُ وَعِنْدَهُمَا يَدْخُلُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ ثُبُوتَ الْحُكْمِ عِنْدَ وُجُودِ الْمُسْتَدْعِي هو الْأَصْلُ وَالِامْتِنَاعُ بِعَارِضٍ وَالْمَانِعُ هَهُنَا هو الْخِيَارُ وَأَنَّهُ وُجِدَ في أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ لَا غَيْرُ فَيَعْمَلُ في الْمَنْعِ فيه لَا في الْجَانِبِ الْآخَرِ أَلَا تَرَى كَيْفَ خَرَجَ الْمَبِيعُ عن مِلْكِ الْبَائِعِ إذَا كان الخيرا (((الخيار))) لِلْمُشْتَرِي وَالثَّمَنُ عن مِلْكِ الْمُشْتَرِي إذَا كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَدَلَّ أَنَّ الْبَيْعَ بَاتٌّ في حَقِّ من لَا خِيَارَ له فَيَعْمَلُ في بَتَاتِ هذا

الْحُكْمِ الذي وُضِعَ له
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أن الْخِيَارَ إذَا كان لِلْبَائِعِ فَالْمَبِيعُ لم يَخْرُجْ عن مِلْكِهِ وإذا كان لِلْمُشْتَرِي فَالثَّمَنُ لم يَخْرُجْ عن مِلْكِهِ وَهَذَا يَمْنَعُ دُخُولَ الثَّمَنِ في مِلْكِ الْبَائِعِ في الْأَوَّلِ وَدُخُولَ الْمَبِيعِ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي لِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ جَمَعَ بين الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ في عَقْدِ الْمُبَادَلَةِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَالثَّانِي أن في هذا تَرْكَ التَّسْوِيَةِ بين الْعَاقِدَيْنِ في حُكْمِ الْمُعَاوَضَةِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا لَا يَرْضَيَانِ بِالتَّفَاوُتِ
وَقَوْلُهُمَا الْبَيْعُ بَاتٌّ في حَقِّ من لَا خِيَارَ له قُلْنَا هذا يُوجِبُ الْبَتَاتَ في حَقِّ الزَّوَالِ لَا في حَقِّ الثُّبُوتِ لِأَنَّ الْخِيَارَ من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ له أَثَرٌ في الْمَنْعِ من الزَّوَالِ وَامْتِنَاعُ الزَّوَالِ من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ يَمْنَعُ الثُّبُوتَ من الْجَانِبِ الْآخَرِ إنْ كان لَا يَمْنَعُ الزَّوَالَ لِمَا ذَكَرْنَا من الْوَجْهَيْنِ وَيَتَفَرَّعُ على هذا الْأَصْلِ بين أبي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ مَسَائِلُ
ومنها إذَا اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَا يَعْتِقُ عليه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لم يَدْخُلْ في مِلْكِهِ عِنْدَهُ وَلَا عِتْقَ بِدُونِ الْمِلْكِ وهو على خِيَارِهِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ أَجَازَهُ فَإِنْ فَسَخَ لَا يَعْتِقُ لِأَنَّ الْعَبْدَ عَادَ إلَى مِلْكِ الْبَائِعِ وَإِنْ أَجَازَهُ عَتَقَ لِأَنَّهُ سَقَطَ الْخِيَارُ وَلَزِمَ الْعَقْدُ فَيَلْزَمُهُ الثَّمَنُ وَعِنْدَهُمَا يَعْتِقُ عليه بِنَفْسِ الشِّرَاءِ وَيَلْزَمُهُ الثَّمَنُ وَيَبْطُلُ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ دخل في مِلْكِهِ وَلَوْ قال العبد (((لعبد))) الْغَيْرِ إنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَتَقَ عليه بِالْإِجْمَاعِ
أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ فَوُجِدَ شَرْطُ الْحِنْثِ فَعَتَقَ
وَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلِأَنَّ الْمُعَلَّقَ بِالشَّرْطِ كَالْمُنَجَّزِ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ وَلَوْ نُجِزَ عِتْقُهُ بَعْدَ شِرَائِهِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ عَتَقَ وَسَقَطَ خِيَارُهُ لِكَوْنِ الْإِعْتَاقِ إجَازَةً وَاخْتِيَارًا لِلْمِلْكِ على ما نَذْكُرُ
كَذَا هذا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا إذَا اشْتَرَى جَارِيَةً قد وَلَدَتْ منه بِالنِّكَاحِ على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهَا لم تَدْخُلْ في مِلْكِهِ وهو على خِيَارِهِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَعَادَتْ إلَى مِلْكِ الْبَائِعِ وَإِنْ شَاءَ أَجَازَهُ وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له وَلَزِمَهُ الثَّمَنُ وَعِنْدَهُمَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدِهِ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ لِأَنَّهَا دَخَلَتْ في مِلْكِهِ فَبَطَلَ خِيَارُهُ وَلَزِمَهُ الثَّمَنُ
وَمِنْهَا إذَا اشْتَرَى زَوْجَتَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهَا لم تَدْخُلْ في مِلْكِهِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا فَسَدَ لِدُخُولِهَا في مِلْكِهِ وَمِلْكُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ رَقَبَةَ صَاحِبِهِ أو شِقْصًا منها يَرْفَعُ النِّكَاحَ فَإِنْ وَطِئَهَا في مُدَّةِ الْخِيَارِ فَإِنْ كانت بِكْرًا كان إجَازَةً بِالْإِجْمَاعِ
أَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلِأَجْلِ النُّقْصَانِ بِإِزَالَةِ الْبَكَارَةِ وَهِيَ الْعُذْرَةُ لَا لِأَجْلِ الْوَطْءِ لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ قَائِمٌ فَكَانَ حِلُّ الْوَطْءِ قَائِمًا فَلَا حَاجَةَ إلَى مِلْكِ الْيَمِينِ
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَجْلِ النُّقْصَانِ وَالْوَطْءِ جميعا فَإِنْ كانت ثَيِّبًا لَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ بطلانه (((بطلان))) الْخِيَارِ لِضَرُورَةِ حِلِّ الْوَطْءِ وَلَا ضَرُورَةَ لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ قَائِمٌ فَكَانَ حِلُّ الْوَطْءِ ثَابِتًا فَلَا ضَرُورَةَ إلَى مِلْكِ الْيَمِينِ بِحِلِّ الْوَطْءِ فلم يَبْطُلْ الْخِيَارُ وعندهما يَبْطُلُ خِيَارُهُ لِضَرُورَةِ حِلِّ الْوَطْءِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ لِارْتِفَاعِ النِّكَاحِ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ بِخِلَافِ ما إذَا لم تَكُنْ الْجَارِيَةُ زَوْجَةً له وَوَطِئَهَا أَنَّهُ يَكُونُ إجَازَةً سَوَاءٌ كانت بِكْرًا أو ثَيِّبًا لِأَنَّ حِلَّ الْوَطْءِ هُنَاكَ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِمِلْكِ الْيَمِينِ لِانْعِدَامِ النِّكَاحِ فَكَانَ إقْدَامُهُ على الْوَطْءِ اخْتِيَارًا لِلْمِلْكِ فَيَبْطُلُ الْخِيَارُ
وَمِنْهَا إذَا اشْتَرَى جَارِيَةً على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَقَبَضَهَا فَحَاضَتْ عِنْدَهُ في

كَامِلَةً أو بَعْضَ حَيْضَةٍ في مُدَّةِ الْخِيَارِ فَاخْتَارَ الْبَيْعَ لَا تجزي تِلْكَ الْحَيْضَةُ في الِاسْتِبْرَاءِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعَلَيْهِ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا بِحَيْضَةٍ أُخْرَى لِأَنَّهَا لم تَدْخُلْ في مِلْكِهِ عِنْدَهُ ولم يُوجَدْ سَبَبُ وُجُوبِ الِاسْتِبْرَاءِ وَعِنْدَهُمَا يَحْتَسِبُ بها لِأَنَّهَا دَخَلَتْ في مِلْكِهِ فَكَانَتْ الْحَيْضَةُ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِ الِاسْتِبْرَاءِ فَكَانَتْ مَحْسُوبَةً منه

وَلَوْ اخْتَارَ فَسْخَ الْبَيْعِ وَرَدَّ الْجَارِيَةَ فَلَا اسْتِبْرَاءَ على الْبَائِعِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ سَوَاءٌ كان الرَّدُّ قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ وَعِنْدَهُمَا قبل الْقَبْضِ الْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَجِبُ وَبَعْدَ الْقَبْضِ يَجِبُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا على ما ذَكَرْنَا في مَسَائِلِ الِاسْتِبْرَاءِ

وَإِنْ كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَفَسَخَ الْعَقْدَ لَا يَجِبُ عليه الِاسْتِبْرَاءُ لِأَنَّهَا لم تَخْرُجْ عن مِلْكِهِ وَإِنْ أَجَازَهُ فَعَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا بَعْدَ الْإِجَازَةِ وَالْقَبْضِ بِحَيْضَةٍ أُخْرَى بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بَعْدَ الْإِجَازَةِ وَبَعْدَ الْقَبْضِ مِلْكًا مُطْلَقًا

وَمِنْهَا إذَا اشْتَرَى شيئا بِعَيْنِهِ على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَبَضَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ ثُمَّ أَوْدَعَهُ الْبَائِعُ في مُدَّةِ الْخِيَارِ فَهَلَكَ في مُدَّةِ الْخِيَارِ أو بَعْدَهَا يَهْلِكُ على الْبَائِعِ وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ لم يَدْخُلْ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَلَمَّا دخل رَدُّهُ على الْبَائِعِ فَقَدْ ارْتَفَعَ قَبْضُهُ فَهَلَكَ الْمَبِيعُ قبل الْقَبْضِ وَعِنْدَهُمَا يَهْلِكُ على الْمُشْتَرِي وَيَلْزَمُهُ الثَّمَنُ لِأَنَّهُ دخل في مِلْكِهِ أَعْنِي الْمُشْتَرِيَ فَقَدْ أَوْدَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ وَيَدُ الْمُودَعِ يَدُهُ فَهَلَاكُهُ في يَدِهِ كَهَلَاكِهِ في يَدِ نَفْسِهِ وَلَوْ كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَسَلَّمَهُ إلَى الْمُشْتَرِي ثُمَّ إنَّ الْمُشْتَرِي أَوْدَعَهُ الْبَائِعَ في مُدَّةِ الْخِيَارِ فَهَلَكَ في يَدِ الْبَائِعِ قبل جَوَازِ الْبَيْعِ أو بَعْدَهُ بَطَلَ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ وَلَوْ كان الْبَيْعُ بَاتًّا فَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي بِإِذْنِ الْبَائِعِ أو بِغَيْرِ إذْنِهِ وَالثَّمَنُ مَنْقُودٌ أو مُؤَجَّلٌ وَلَهُ خِيَارُ رُؤْيَةٍ أو عَيْبٍ فَأَوْدَعَهُ الْبَائِعَ فَهَلَكَ عِنْدَ الْبَائِعِ يَهْلِكُ على الْمُشْتَرِي وَيَلْزَمُهُ الثَّمَنُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ وَالْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْعَقْدِ في حَقِّ الْحُكْمِ فَكَانَ مُودِعًا مِلْكَ نَفْسِهِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَمِنْهَا إذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ خَمْرًا أو خِنْزِيرًا على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَقَبَضَهُ ثُمَّ أَسْلَمَ الْمُشْتَرِي بَطَلَ الْعَقْدُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ لم يَدْخُلْ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَالْمُسْلِمُ مَمْنُوعٌ عن تَمَلُّكِ الْخَمْرِ بِالْبَيْعِ وَعِنْدَهُمَا يَلْزَمُ الْعَقْدُ وَلَا يَبْطُلُ لِأَنَّهُ دخل في مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَالْإِسْلَامُ يَمْنَعُ من إخْرَاجِهِ عن مِلْكِهِ

وَلَوْ أَسْلَمَ الْبَائِعُ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ بَاتٌّ في جَانِبِهِ وَالْإِسْلَامُ في الْبَيْعِ الْبَاتِّ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَهُ إذَا كان بَعْدَ الْقَبْضِ وَالْمُشْتَرِي على خِيَارِهِ فَإِنْ أَجَازَ الْبَيْعَ جَازَ وَيَلْزَمُهُ الثَّمَنُ وَإِنْ فَسَخَهُ انْفَسَخَ وَصَارَ الْخَمْرُ لِلْبَائِعِ حُكْمًا وَالْمُسْلِمُ من أَهْلِ أَنْ يَتَمَلَّكَ الْخَمْرَ حُكْمًا

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَتَمَلَّكُهَا بِالْمِيرَاثِ وَلَوْ كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَأَسْلَمَ الْبَائِعُ بَطَلَ الْخِيَارُ لِأَنَّ خِيَارَ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ السِّلْعَةِ عن مِلْكِهِ وَالْإِسْلَامُ يَمْنَعُ إخْرَاجَ الْخَمْرِ عن مِلْكِهِ بِالْعَقْدِ فَبَطَلَ الْعَقْدُ

وَلَوْ أَسْلَمَ الْمُشْتَرِي لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْبَيْعَ بَاتٌّ في جَانِبِهِ وَالْبَائِعُ على خِيَارِهِ فَإِنْ فَسَخَ الْبَيْعَ عَادَتْ الْخَمْرُ إلَيْهِ وَإِنْ أَجَازَهُ صَارَ الْخَمْرُ لِلْمُشْتَرِي حُكْمًا

وَالْمُسْلِمُ من أَهْلِ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا حُكْمًا كما في الْإِرْثِ وَلَوْ كان الْبَيْعُ بَاتًّا فَأَسْلَمَا أو أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مَتَى وَرَدَ وَالْحَرَامُ مَقْبُوضٌ يُلَاقِيهِ بِالْعَفْوِ لِأَنَّهُ لم يَثْبُتْ بَعْدَ الْإِسْلَامِ مِلْكٌ مُبْتَدَأٌ لِثُبُوتِهَا بِالْعَقْدِ وَالْقَبْضِ على الْكَمَالِ وَإِنَّمَا يُوجَدُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ دَوَامُ الْمِلْكِ وَالْإِسْلَامُ لَا يُنَافِيه فإن الْمُسْلِمَ إذَا تَخَمَّرَ عَصِيرُهُ فَلَا يُؤْمَرُ بِإِبْطَالِ حَقِّهِ فيها

هذا كُلُّهُ إذَا أَسْلَمَا أو أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْقَبْضِ فَأَمَّا إذَا كان قبل الْقَبْضِ بَطَلَ الْبَيْعُ كيف ما كان سَوَاءٌ كان الْبَيْعُ بَاتًّا أو بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُمَا أو لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مَتَى وَرَدَ وَالْحَرَامُ غَيْرُ مَقْبُوضٍ يُمْنَعُ من قَبْضِهِ بِحُكْمِ الْعَقْدِ لِمَا في الْقَبْضِ من مَعْنَى إنْشَاءِ الْعَقْدِ من وَجْهٍ فَيُلْحَقُ بِهِ في بَابِ الْحُرُمَاتِ احْتِيَاطًا على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وقد تَظْهَرُ فَوَائِدُ هذا الْأَصْلِ في فُرُوعٍ أُخَرَ يَطُولُ ذِكْرُهَا وَإِنْ كان الْمَبِيعُ دَارًا فَإِنْ كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ لَا يَثْبُتُ لِلشَّفِيعِ فيها حَقُّ الشُّفْعَةِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ لم يَخْرُجْ عن مِلْكِ الْبَائِعِ وَإِنْ كان لِلْمُشْتَرِي يَثْبُتُ لِلشَّفِيعِ حَقُّ الشُّفْعَةِ بِالْإِجْمَاعِ أَمَّا على أَصْلِهِمَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمَبِيعَ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَأَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَالْمَبِيعُ وَإِنْ لم يَدْخُلْ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي لَكِنَّهُ قد زَالَ عن مِلْكِ الْبَائِعِ بِالْإِجْمَاعِ وَحَقُّ الشُّفْعَةِ يَعْتَمِدُ زَوَالَ مِلْكِ الْبَائِعِ لَا ثُبُوتَ مِلْكِ الْمُشْتَرِي

وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَلَوْ تَبَايَعَا عَبْدًا بِجَارِيَةٍ وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَأَعْتَقَ الْبَائِعُ الْعَبْدَ نَفَذَ إعْتَاقُهُ وَانْفَسَخَ الْبَيْعُ لِأَنَّ خِيَارَ الْبَائِعِ يَمْنَعُ زَوَالَ الْعَبْدِ عن مِلْكِهِ فَقَدْ أَعْتَقَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَنَفَذَ وَإِنْ أَعْتَقَ الْجَارِيَةَ نَفَذَ أَيْضًا وَلَزِمَ الْبَيْعُ

أَمَّا على أَصْلِهِمَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ مِلْكُهَا فَأَعْتَقَ مِلْكَ نَفْسِهِ وَأَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَإِنْ لم يَمْلِكْهَا بِالْعَقْدِ لَكِنَّ الْإِقْدَامَ على الْإِعْتَاقِ دَلِيلُ عَقْدِ الْمِلْكِ إذْ لَا وُجُودَ لِلْعِتْقِ إلَّا بِالْمِلْكِ وَلَا

مِلْكَ بِسُقُوطِ الْخِيَارِ فَتَضَمَّنَ إقْدَامُهُ على الْإِعْتَاقِ إسْقَاطَ الْخِيَارِ وَلَوْ أَعْتَقَهُمَا مَعًا نَفَذَ إعْتَاقُهُمَا جميعا وَبَطَلَ الْبَيْعُ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْجَارِيَةِ وَعِنْدَهُمَا نَفَذَ إعْتَاقُهُمَا وَلَا شَيْءَ عليه أَمَّا نُفُوذُ إعْتَاقِهِمَا

أَمَّا الْعَبْدُ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّهُ لم يَخْرُجْ عن مِلْكِ الْبَائِعِ بِلَا خِلَافٍ

وَأَمَّا الْجَارِيَةُ فَكَذَلِكَ على أَصْلِهِمَا لِأَنَّهَا دَخَلَتْ في مِلْكِهِ

وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَإِنْ لم تَدْخُلْ في مِلْكِهِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَقَدْ دَخَلَتْ بِمُقْتَضَى الْإِقْدَامِ على إعْتَاقِهِمَا على ما بَيَّنَّا فَإِعْتَاقُهُمَا صَادَفَ مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلْمُعْتِقِ فَنَفَذَ

وَأَمَّا لُزُومُ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلِأَنَّ الْعَبْدَ بَدَلُ الْجَارِيَةِ وقد هَلَكَ قبل التَّسْلِيمِ بِالْإِعْتَاقِ وَهَلَاكُ الْمَبِيعِ قبل التَّسْلِيمِ يُوجِبُ بُطْلَانَ الْبَيْعِ وإذا بَطَلَ الْبَيْعُ وَجَبَ رَدُّ الْجَارِيَةِ وقد عَجَزَ عن رَدِّهَا بِسَبَبِ الْعِتْقِ فَيَغْرَمُ قِيمَتَهَا

وَلَوْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ أو الْجَارِيَةَ لم يَنْفُذْ إعْتَاقُهُ

أَمَّا الْعَبْدُ فَلِأَنَّهُ لم يَدْخُلْ في مِلْكِهِ وَأَمَّا الْجَارِيَةُ فَلِأَنَّهَا خَرَجَتْ عن مِلْكِهِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا بَيَانُ ما يَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ أَمَّا خِيَارُ الْبَائِعِ

فما يَسْقُطُ بِهِ خِيَارُهُ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ نَوْعَانِ من الْأَصْلِ أَحَدُهُمَا اخْتِيَارِيٌّ وَالْآخَرُ ضَرُورِيٌّ أَمَّا الِاخْتِيَارِيُّ فَالْإِجَازَةُ لِأَنَّ الْأَصْلَ هو لُزُومُ الْبَيْعِ وَالِامْتِنَاعُ بِعَارِضِ الْخِيَارِ وقد بَطَلَ بِالْإِجَازَةِ فَيَلْزَمُ الْبَيْعُ وَالْإِجَازَةُ نَوْعَانِ صَرِيحٌ وما هو في مَعْنَى الصَّرِيحِ وَدَلَالَةٌ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَحْوَ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ أَجَزْتُ الْبَيْعَ أو أَوْجَبْتُهُ أو أَسْقَطْتُ الْخِيَارَ أو أَبْطَلْتُهُ وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى سَوَاءٌ عَلِمَ الْمُشْتَرِي الْإِجَازَةَ أو لم يَعْلَمْ

وَأَمَّا الْإِجَازَةُ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ فَهِيَ أَنْ يُوجَدَ منه تَصَرُّفٌ في الثَّمَنِ يَدُلُّ على الْإِجَازَةِ وَإِيجَابِ الْبَيْعِ فَالْإِقْدَامُ عليه يَكُونُ إجَازَةً لِلْبَيْعِ دَلَالَةً

وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قال لِبَرِيرَةَ حين عَتَقَتْ مَلَكْتِ بُضْعَكِ فَاخْتَارِي وَإِنْ وَطِئَك زَوْجُكِ فَلَا خِيَارَ لَكِ فَقَدْ جَعَلَ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَمْكِينَهَا من الْوَطْءِ دَلِيلَ بُطْلَانِ الْخِيَارِ فَصَارَ ذلك أَصْلًا لِأَنَّ الْخِيَارَ كما يَسْقُطُ بِصَرِيحِ الْإِسْقَاطِ يَسْقُطُ بِالْإِسْقَاطِ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا كان الثَّمَنُ عَيْنًا فَتَصَرَّفَ الْبَائِعُ فيه تَصَرُّفَ الْمُلَّاكِ بِأَنْ بَاعَهُ أو سَاوَمَهُ أو أَعْتَقَهُ أو دَبَّرَهُ أو كَاتَبَهُ أو آجَرَهُ أو رَهَنَهُ وَنَحْوَ ذلك لِأَنَّ ذلك يَكُونُ إجَازَةً لِلْبَيْعِ

أَمَّا على أَصْلِهِمَا فَلِأَنَّ الثَّمَنَ دخل في مِلْكِ الْبَائِعِ فَكَانَ التَّصَرُّفُ فيه دَلِيلَ تَقَرُّرِ مِلْكِهِ وَأَنَّهُ دَلِيلُ إجَازَةِ الْبَيْعِ

وَأَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَالْإِقْدَامُ على التَّصَرُّفِ يَكُونُ دَلِيلَ اخْتِيَارِ الْمِلْكِ فيه وَذَا دَلِيلُ الْإِجَازَةِ وَكَذَا لو كان الثَّمَنُ دَيْنًا فَأَبْرَأَ الْبَائِعُ الْمُشْتَرِي من الثَّمَنِ أو اشْتَرَى بِهِ شيئا منه أو وَهَبَهُ من الْمُشْتَرِي فَهُوَ إجَازَةٌ لِلْبَيْعِ لِمَا قُلْنَا وَيَصِحُّ شِرَاؤُهُ وَهِبَتُهُ لِأَنَّ هِبَةَ الدَّيْنِ وَالشِّرَاءَ بِهِ مِمَّنْ عليه الدَّيْنُ وَأَنَّهُ جَائِزٌ وَكَذَا لو سَاوَمَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ الذي في ذِمَّتِهِ شيئا لِأَنَّهُ قَصَدَ تَمَلُّكَ ذلك الشَّيْءِ وَلَا يُمْكِنُهُ التَّمَلُّكَ إلَّا بِثُبُوتِ مِلْكِهِ في الثَّمَنِ أو تَقَرُّرِهِ فيه

وَلَوْ اشْتَرَى بِالثَّمَنِ شيئا من غَيْرِهِ لم يَصِحَّ الشِّرَاءُ وكان إجَازَةً أَمَّا عَدَمُ صِحَّةِ الشِّرَاءِ فَلِأَنَّهُ شِرَاءٌ بِالدَّيْنِ من غَيْرِ من عليه الدَّيْنُ

وَأَمَّا كَوْنُهُ إجَازَةً لِلْبَيْعِ فَلِأَنَّ الشِّرَاءَ بِهِ من غَيْرِهِ وَإِنْ لم يَصِحَّ لَكِنَّهُ قَصَدَ التَّمَلُّكَ وَذَا دَلِيلُ الْإِجَازَةِ كما إذَا سَاوَمَهُ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الشِّرَاءَ بِهِ في الدَّلَالَةِ على قَصْدِهِ التَّمَلُّكَ فَوْقَ الْمُسَاوَمَةِ فلما كانت الْمُسَاوَمَةُ إجَازَةً فَالشِّرَاءُ أَوْلَى بِخِلَافِ ما إذَا كان الْبَائِعُ قَبَضَ الثَّمَنَ الذي هو دَيْنٌ فَاشْتَرَى بِهِ شيئا أَنَّهُ لَا يَكُونُ إجَازَةً لِلْبَيْعِ لِأَنَّ عَيْنَ الْمَقْبُوضِ ليس بِمُسْتَحَقِّ الرَّدِّ عِنْدَ الْفَسْخِ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ عِنْدَنَا في الْفَسْخِ كما لَا يَتَعَيَّنَانِ في الْعَقْدِ فلم يَكُنْ الْمَقْبُوضُ فيه مُسْتَحَقَّ الرَّدِّ فَلَا يَكُونُ التَّصَرُّفُ دَلِيلَ الْإِجَازَةِ بِخِلَافِ ما إذَا اشْتَرَى بِهِ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّهُ أَضَافَ الشِّرَاءَ إلَى عَيْنِ ما هو مُسْتَحَقٌّ بِالْعَقْدِ فَكَانَ دَلِيلَ الْقَصْدِ إلَى الْمِلْكِ أو تَقَرُّرِ الْمِلْكِ فيه على ما قُلْنَا

وَلَوْ كان الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فَأَبْرَأَهُ الْبَائِعُ من الثَّمَنِ قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ وُجُوبَ الثَّمَنِ وَالْإِبْرَاءُ إسْقَاطٌ وَإِسْقَاطُ ما ليس بِثَابِتٍ لَا يُتَصَوَّرُ وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إذَا أَجَازَ الْبَيْعَ نَفَذَ الْإِبْرَاءُ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إلَى وَقْتِ الْبَيْعِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الثَّمَنَ كان وَاجِبًا فَكَانَ إبْرَاؤُهُ بَعْدَ الْوُجُوبِ فَيَنْفُذُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا الضرورية (((الضروري))) فَثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ أَحَدُهُمَا مُضِيُّ مُدَّةِ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْخِيَارَ مُؤَقَّتٌ بِهِ وَالْمُؤَقَّتُ إلَى غَايَةٍ يَنْتَهِي عِنْدَ وُجُودِ الْغَايَةِ لَكِنْ هل تَدْخُلُ الْغَايَةُ في شَرْطِ الْخِيَارِ بِأَنْ شَرَطَ الْخِيَارَ إلَى اللَّيْلِ أو إلَى الْغَدِ هل يَدْخُلُ اللَّيْلُ أو الْغَدُ قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ تَدْخُلُ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا تَدْخُلُ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن الْغَايَةَ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ ما ضُرِبَتْ له الْغَايَةُ كما في قَوْله تَعَالَى عز

(5/267)

شَأْنُهُ { ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إلَى اللَّيْلِ } حتى لَا يَجِبَ الصَّوْمُ في اللَّيْلِ وَكَمَا في التَّأْجِيلِ إلَى غَايَةٍ أَنَّ الْغَايَةَ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْأَجَلِ كَذَا هذا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أن الْغَايَاتِ مُنْقَسِمَةٌ غَايَةُ إخْرَاجٍ وَغَايَةُ إثْبَاتٍ فَغَايَةُ الْإِخْرَاجِ تَدْخُلُ تَحْتَ ما ضُرِبَتْ له الْغَايَةُ كما في قَوْله تَعَالَى { فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إلَى الْمَرَافِقِ } وَالْغَايَةُ هَهُنَا في مَعْنَى غَايَةِ الْإِخْرَاجِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو لم يذكر الْوَقْتَ أَصْلًا لَاقْتَضَى ثُبُوتَ الْخِيَارِ في الْأَوْقَاتِ كُلِّهَا حتى لم يَصِحَّ لِأَنَّهُ يَكُونُ في مَعْنَى شَرْطِ خِيَارٍ مُؤَبَّدٍ بِخِلَافِ التَّأْجِيلِ إلَى غَايَةٍ فإنه لولا ذِكْرُ الْغَايَةِ لم يَثْبُتْ الْأَجَلُ أَصْلًا فَكَانَتْ الْغَايَةُ غَايَةَ إثْبَاتٍ فلم تَدْخُلْ تَحْتَ ما ضُرِبَتْ له الْغَايَةُ
وَالثَّانِي مَوْتُ الْبَائِعِ في مُدَّةِ الْخِيَارِ عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَبْطُلُ الْخِيَارُ بِمَوْتِهِ بَلْ يَقُومُ وَارِثُهُ مَقَامَهُ في الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَلَقَبُ هذه الْمَسْأَلَةِ أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ هل يُوَرَّثُ أَمْ لَا عِنْدَنَا لَا يُوَرَّثُ وَعِنْدَهُ لَا يُوَرَّثُ وَأَجْمَعُوا على أَنَّ خِيَارَ الْقَبُولِ لَا يُوَرَّثُ وَكَذَا خِيَارُ الْإِجَازَةِ في بَيْعِ الْفُضُولِيِّ لَا يُوَرَّثُ بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَا الْأَجَلُ لَا يُوَرَّثُ بِالِاتِّفَاقِ وَأَجْمَعُوا على أَنَّ خِيَارَ الْعَيْبِ وَخِيَارَ التَّعْيِينِ يُوَرَّثُ
وَأَمَّا خِيَارُ الرُّؤْيَةِ فلم يُذْكَرْ في الْأَصْلِ وَذَكَرَ في الْحِيَلِ أَنَّهُ لَا يُوَرَّثُ وَكَذَا رَوَى ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يُوَرَّثُ احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِظَوَاهِرِ آيَاتِ الْمَوَارِيثِ حَيْثُ أَثْبَتَ اللَّهُ عز وجل الْإِرْثَ في الْمَتْرُوكِ مُطْلَقًا وَالْخِيَارُ مَتْرُوكٌ فَيَجْرِي فيه الْإِرْثُ وَبِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال من تَرَكَ مَالًا أو حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ وَالْخِيَارُ حَقٌّ تَرَكَهُ فَيَكُونُ لِوَرَثَتِهِ وَلِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ بِالْبَيْعِ فَيَجْرِي فيه الْإِرْثُ كَالْمِلْكِ الثَّابِتِ وَهَذَا لِأَنَّ الْإِرْثَ كما يَثْبُتُ في الإملاك يَثْبُتُ في الْحُقُوقِ الثَّابِتَةِ بِالْبَيْعِ وَلِهَذَا يَثْبُتُ في خِيَارِ الْعَيْبِ وَخِيَارِ التَّعْيِينِ كَذَا هذا
وَلَنَا أَنَّ الْخِيَارَ لو ثَبَتَ لِلْوَارِثِ لم يَخْلُ من أَنْ يَثْبُتَ ابْتِدَاءً أو بِطَرِيقِ الْإِرْثِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الشَّرْطَ لم يُوجَدْ من الْوَارِثِ ابْتِدَاءً وَإِثْبَاتُ الْخِيَارِ له من غَيْرِ وُجُودِ شَرْطِ الْخِيَارِ منه خِلَافُ الْحَقِيقَةِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّ الْوَارِثَ يَعْتَمِدُ الْبَاقِي بَعْدَ مَوْتِ الْمُوَرِّثِ وَخِيَارُهُ لَا يبقي بَعْدَ مَوْتِهِ لِأَنَّ خِيَارَهُ يُخَيِّرُهُ بين الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ وَلَا يُتَصَوَّرُ ذلك منه بَعْدَ مَوْتِهِ فَلَا يُوَرَّثُ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ والمعيين (((والتعيين))) لِأَنَّ الْمَوْرُوثَ هُنَاكَ مُحْتَمِلٌ لِلْإِرْثِ وهو الْعَيْنُ الْمَمْلُوكَةُ وَأَمَّا الْآيَةُ وَالْحَدِيثُ فَنَقُولُ بِمُوجِبِهِمَا لَكِنْ لِمَ قُلْتُمْ إنَّ الْخِيَارَ مَتْرُوكٌ وَهَذَا لِأَنَّ الْمَتْرُوكَ عَيْنٌ تَبْقَى وَالْخِيَارُ عَرَضٌ لَا يَبْقَى فلم يَكُنْ مَتْرُوكًا فَلَا يُوَرَّثُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَالثَّالِثُ إجَازَةُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنْ تَبَايَعَا على أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ فَأَجَازَ أَحَدُهُمَا بَطَلَ الْخِيَارُ وَلَزِمَ الْبَيْعُ عِنْدَهُ حتى لَا يَمْلِكَ صَاحِبُهُ الْفَسْخَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَبْطُلُ وَخِيَارُ الْآخَرِ على حَالِهِ وَسَنَذْكُرُ الْمَسْأَلَةَ في خِيَارِ الْعَيْبِ
وَلَوْ بَلَغَ الصَّبِيُّ في مُدَّةِ خِيَارِ الشَّرْطِ لِلْأَبِ أو الْوَصِيِّ لِنَفْسِهِ في بَيْعِ مَالِ

الصَّبِيِّ هل يَبْطُلُ الْخِيَارُ قال أبو يُوسُفَ يَبْطُلُ وَيَلْزَمُ الْعَقْدُ وقال مُحَمَّدٌ تُنْقَلُ الْإِجَازَةُ إلَى الصَّبِيِّ فَلَا يَمْلِكُ الْوَلِيُّ الْإِجَازَةَ لَكِنَّهُ يَمْلِكُ الْفَسْخَ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أن الْوَلِيَّ يَتَصَرَّفُ في مَالِ الصَّغِيرِ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عنه شَرْعًا لِعَجْزِهِ عن التَّصَرُّفِ بِنَفْسِهِ وقد زَالَ الْعَجْزُ بِالْبُلُوغِ فَتَنْتَقِلُ الْإِجَازَةُ إلَيْهِ إلَّا أَنَّهُ يَمْلِكُ الْفَسْخَ لِأَنَّهُ من بَابِ دَفْعِ الْحَقِّ فَيَمْلِكُهُ كَالْفُضُولِيِّ في الْبَيْعِ إنَّهُ يَمْلِكُ الْفَسْخَ قبل إجَازَةِ الْمَالِكِ وَإِنْ لم يَمْلِكْ الْإِجَازَةَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أن الْخِيَارَ يَثْبُتُ لِلْوَلِيِّ وهو وِلَايَةُ الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةُ وقد بَطَلَ بِالْبُلُوغِ فَلَا يَحْتَمِلُ الِانْتِقَالَ إلَى الصَّبِيِّ وَلِهَذَا لم يَنْتَقِلْ إلَى الْوَارِثِ بِمَوْتِ من له الْخِيَارُ وَلَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ في مُدَّةِ خِيَارِ شَرْطِهِ لِنَفْسِهِ في الْبَيْعِ بَطَلَ الْخِيَارُ وَلَزِمَ الْبَيْعُ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّهُ لَمَّا عَجَزَ وَرُدَّ إلَى الرِّقِّ لم يَبْقَ له وِلَايَةُ الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ ضَرُورَةً كما يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ وَكَذَا الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ إذَا حَجَرَ عليه الْمَوْلَى في مُدَّةِ الْخِيَارِ بَطَلَ خياره عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن مُحَمَّدٍ لِمَا قُلْنَا وَلَوْ اشْتَرَى الْأَبُ أو الْوَصِيُّ شيئا بِدَيْنٍ في الذِّمَّةِ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ ثُمَّ بَلَغَ الصَّبِيُّ جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِمَا وَالصَّبِيُّ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَجَازَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ
أَمَّا الْجَوَازُ عَلَيْهِمَا فَلِأَنَّ وِلَايَتَهُمَا قد انْقَطَعَتْ بِالْبُلُوغِ فَلَا يَمْلِكَانِ التَّصَرُّفَ بِالْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ فَيَبْطُلُ خِيَارُهُمَا وَجَازَ الْعَقْدُ في حَقِّهِمَا وَأَمَّا خِيَارُ الصَّبِيِّ فَلِأَنَّ الْجَوَازَ وَاللُّزُومَ لم يثبت (((يثبتا))) في حَقِّهِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ في حَقِّهِمَا فَكَانَ له خِيَارُ الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةُ
وَأَمَّا خِيَارُ الْمُشْتَرِي فَيَسْقُطُ بِمَا يُسْقِطُ خِيَارَ الْبَائِعِ وَبِغَيْرِهِ أَيْضًا فَيَسْقُطُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ بموت (((وبموت))) من له الْخِيَارُ عِنْدَنَا وَإِجَازَةُ أَحَدِ الشركين (((الشريكين))) عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَالْإِجَازَةُ صَرِيحٌ وما هو في مَعْنَى

الصَّرِيحِ وَدَلَالَةٌ وهو أَنْ يَتَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي في الْمَبِيعِ تَصَرُّفَ الْمُلَّاكِ كَالْبَيْعِ وَالْمُسَاوَمَةِ وَالْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ والإجازة (((والإجارة))) وَالْهِبَةِ وَالرَّهْنِ سُلِّمَ أو لم يُسَلَّمْ لِأَنَّ جَوَازَ هذه التَّصَرُّفَاتِ يَعْتَمِدُ الْمِلْكَ فَالْإِقْدَامُ عليها يَكُونُ دَلِيلَ قَصْدِ التَّمَلُّكِ أو تَقَرُّرَ الْمِلْكِ على اخْتِلَافِ الْأَصْلَيْنِ وَذَا دَلِيلُ الْإِجَازَةِ
وَكَذَا الْوَطْءُ منه وَالتَّقْبِيلُ بِشَهْوَةٍ وَالْمُبَاشَرَةُ لِشَهْوَةٍ وَالنَّظَرُ إلَى فَرْجِهَا لِشَهْوَةٍ يكن (((يكون))) إجَازَةً منه لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ لَا يَحِلُّ إلَّا بِمِلْكِ الْيَمِينِ
وَأَمَّا الْمَسُّ عن غَيْرِ شَهْوَةٍ وَالنَّظَرُ إلَى فَرْجِهَا بِغَيْرِ شَهْوَةٍ فَلَا يَكُونُ إجَازَةً لِأَنَّ ذلك مُبَاحٌ في الْجُمْلَةِ بِدُونِ الْمِلْكِ لِلطَّبِيبِ وَالْقَابِلَةِ
وَأَمَّا الِاسْتِخْدَامُ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ إجَازَةً بِمَنْزِلَةِ الْمَسِّ عن شَهْوَةٍ وَالنَّظَرِ إلَى الْفَرْجِ عن شَهْوَةٍ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَكُونُ إجَازَةً لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمِلْكِ وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَيْهِ لِلتَّجْرِبَةِ وَالِامْتِحَانِ لِيَنْظُرَ أَنَّهُ يُوَافِقُهُ أَمْ لَا على أَنَّ فيه ضَرُورَةً لِأَنَّ الِاحْتِرَازَ عن ذلك غَيْرُ مُمْكِنٍ بِأَنْ يَسْأَلَهُ ثَوْبَهُ عِنْدَ إرَادَةِ الرَّدِّ فَيَرُدَّهُ أو يَسْتَسْرِجَهُ دَابَّتَهُ لِيَرْكَبَهَا فَيَرُدَّهُ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ وَلَوْ قَبَّلَتْ الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرِي بِشَهْوَةٍ أو بَاشَرَتْهُ فَإِنْ كان ذلك بِتَمْكِينٍ بِأَنْ عَلِمَ

ذلك منها وَتَرَكَهَا حتى فَعَلَتْ يَسْقُطُ خِيَارُهُ
وَكَذَا هذا في حَقِّ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ إذَا قَبَّلَتْهُ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ وَكَذَا في خِيَارِ الْعَيْبِ إذَا وَجَدَ بها عَيْبًا ثُمَّ قَبَّلَتْهُ
وَكَذَا في الطَّلَاقِ إذَا فَعَلَتْ ذلك كان رَجْعَةً وَإِنْ اخْتَلَسَتْ اخْتِلَاسًا من غَيْرِ تَمْكِينِ الْمُشْتَرِي وَالزَّوْجِ وهو كَارِهٌ لِذَلِكَ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَكُونُ ذلك رَجْعَةً وَلَا إجَازَةً لِلْبَيْعِ وقال مُحَمَّدٌ لَا يَكُونُ فِعْلُهَا إجَازَةً لِلْبَيْعِ كيف ما كان وَأَجْمَعُوا على أنها لو بَاضَعَتْهُ وهو نَائِمٌ بِأَنْ أَدْخَلَتْ فَرْجَهُ فَرْجَهَا أَنَّهُ يَسْقُطُ الْخِيَارُ وَيَكُونُ رَجْعَةً
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إنَّ الْخِيَارَ حَقُّ شَرْطٍ له ولم يُوجَدْ منه ما يُبْطِلُهُ نَصًّا وَلَا دَلَالَةً وهو فِعْلٌ يَدُلُّ عليه فَلَا يَبْطُلُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إنَّ الِاحْتِيَاطَ يُوجِبُ سُقُوطَ الْخِيَارِ
إذْ لو لم يَسْقُطْ وَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يُفْسَخَ الْبَيْعُ لِتَبْيِينِ أَنَّ الْمَسَّ عن شَهْوَةٍ وَالتَّمْكِينُ من الْمَسِّ عن شَهْوَةٍ حَصَلَ في غَيْرِ مِلْكٍ وَكُلُّ ذلك حَرَامٌ فَكَانَ سُقُوطُ الْخِيَارِ وَثُبُوتُ الرَّجْعَةِ بِطَرِيقِ الصِّيَانَةِ عن ارْتِكَابِ الْحَرَامِ وَأَنَّهُ وَاجِبٌ وَلِأَنَّ الْمَسَّ عن شَهْوَةٍ يُفْضِي إلَى الْوَطْءِ وَالسَّبَبُ الْمُفْضِي إلَى الشَّيْءِ يَقُومُ مَقَامَهُ خُصُوصًا في مَوْضِعِ الِاحْتِيَاطِ فَأُقِيمَ ذلك مَقَامَ الْوَطْءِ من الْمُشْتَرِي وَلِهَذَا يَثْبُتُ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ بِالْمَسِّ عن شَهْوَةٍ من الْجَانِبَيْنِ لِكَوْنِهِ سَبَبًا مُفْضِيًا إلَى الْوَطْءِ فَأُقِيمَ مَقَامَهُ كَذَا هذا
وَلَوْ قَبَّلَ الْمُشْتَرِي الْجَارِيَةَ ثُمَّ قال قَبَّلْتُهَا لِغَيْرِ شَهْوَةٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ كَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْخِيَارَ كان ثَابِتًا له فَهُوَ بِقَوْلِهِ كان لِغَيْرِ شَهْوَةٍ يُنْكِرُ سُقُوطَهُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ
وَكَذَلِكَ قال أبو حَنِيفَةَ في الْجَارِيَةِ إذ قَبَّلت الْمُشْتَرِي بِشَهْوَةٍ أنه إنَّمَا يَسْقُطُ الْخِيَارُ وَيَلْزَمُهُ الْعَقْدُ إذَا أَقَرَّ الْمُشْتَرِي إنَّهَا فَعَلَتْ بِشَهْوَةٍ
فَأَمَّا إذَا أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ ذلك بِشَهْوَةٍ فَلَا يَسْقُطُ لِأَنَّ حُكْمَ فِعْلِهَا يَلْزَمُ الْمُشْتَرِي بِسُقُوطِ حَقِّهِ فَيَتَوَقَّفُ على إقْرَارِهِ
وَلَوْ حَدَثَ في الْمَبِيعِ في يَدِ الْمُشْتَرِي ما يَمْنَعُ الرَّدَّ على الْبَائِعِ بَطَلَ خِيَارُهُ لِأَنَّ فَائِدَةَ الْخِيَارِ هو التَّمَكُّنُ من الْفَسْخِ وَالرَّدِّ فإذا خَرَجَ عن احْتِمَالِ الرَّدِّ لم يَكُنْ في بَقَاءِ الْخِيَارِ فَائِدَةٌ فَلَا يَبْقَى ذلكَ وَذَلِكَ نحو ما إذَا هَلَكَ في يَدِهِ أو انْتَقَصَ بِأَنْ تَعَيَّبَ بِعَيْبٍ لَا يَحْتَمِلُ الِارْتِفَاعَ سَوَاءٌ كان ذلك فَاحِشًا أو يَسِيرًا وَسَوَاءٌ كان ذلك بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي أو بِفِعْلِ الْبَائِعِ أو بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمَبِيعِ أو بِفِعْلٍ أَجْنَبِيٍّ
لِأَنَّ حُدُوثَ هذه الْمَعَانِي في يَدِ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ الرَّدَّ
أَمَّا الْهَلَاكُ فَظَاهِرٌ وَكَذَا النُّقْصَانُ لِفَوَاتِ شَرْطِ الرَّدِّ وهو أَنْ يَكُونَ ما قَبَضَ كما قَبَضَ لِأَنَّهُ إذَا انْتَقَصَ شَيْءٌ منه فَقَدْ تَعَذَّرَ رَدُّ الْقَدْرِ الْفَائِتِ فَتَقَرَّرَ على الْمُشْتَرِي حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ لِأَنَّ فَوَاتَهُ حَصَلَ في ضَمَانِ الْمُشْتَرِي فَلَوْ رَدَّ الْبَاقِي كان ذلك تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ على الْبَائِعِ قبل التَّمَامِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وإذا امْتَنَعَ الرَّدُّ بَطَلَ الْخِيَارُ لِمَا قُلْنَا وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ أَيْضًا إلَّا في خَصْلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ ما إذَا انْتَقَصَ بِفِعْلِ الْبَائِعِ فإن الْمُشْتَرِي فِيهِمَا على خِيَارِهِ عِنْدَهُ إنْ شَاءَ رَدَّ عليه وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ
وَأَخَذَ الْأَرْشَ من الْبَائِعِ كَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ الِاخْتِلَافَ
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الِاخْتِلَافَ بين أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَإِنْ كان الْعَيْبُ مِمَّا يَحْتَمِلُ الِارْتِفَاعَ كَالْمَرَضِ فَالْمُشْتَرِي على خِيَارِهِ إنْ شَاءَ فَسَخَ وَإِنْ شَاءَ أَجَازَ لِأَنَّ كُلَّ عَارِضٍ على أَصْلٍ إذ ارْتَفَعَ يَلْحَقُ

بِالْعَدَمِ وَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ
هذا هو الْأَصْلُ وَلَيْسَ له أَنْ يَفْسَخَ إلَّا أَنْ يَرْتَفِعَ الْعَيْبُ في مُدَّةِ الْخِيَارِ فَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ وَالْعَيْبُ قَائِمٌ بَطَلَ حَقُّ الْفَسْخِ وَلَزِمَ الْبَيْعُ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا ازْدَادَ

(5/269)

الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ كما إذَا كان ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أو سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ أو كان أَرْضًا فَبَنَى عليها أو غَرَسَ فيها أَنَّهُ يَبْطُلُ خِيَارُهُ لِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ مَانِعَةٌ من الرَّدِّ بِالْإِجْمَاعِ فَكَانَتْ مُسْقِطَةً لِلْخِيَارِ وَلَوْ كانت الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ كَالْحُسْنِ وَالْجَمَالِ وَالسِّمَنِ وَالْبُرْءِ من الْمَرَضِ وَانْجِلَاءِ الْبَيَاضِ من الْعَيْنِ وَنَحْوِ ذلك فَكَذَلِكَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَبْطُلُ بِنَاءً على أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ تَمْنَعُ الرَّدَّ عِنْدَهُمَا كما في الْعَيْبِ في الْمَهْرِ في النِّكَاحِ وَعِنْدَهُ لَا تَمْنَعُ وَالْمَسْأَلَةُ تَأْتِي في مَوْضِعِهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُنْفَصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرِ وَاللَّبَنِ وَنَحْوِهَا أو كانت غير متولده من الْأَصْلِ لَكِنَّهَا بَدَلُ الْجُزْءِ الْفَائِتِ كَالْأَرْشِ أو بَدَلُ ما هو في مَعْنَى الْجُزْءِ كَالْعُقْرِ يَبْطُلُ خِيَارُهُ لِأَنَّهَا مَانِعَةٌ من الرَّدِّ عِنْدَنَا وَإِنْ كانت مُنْفَصِلَةً غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ وَلَا هِيَ بَدَلُ الْجُزْءِ الْفَائِتِ أو ما هو في مَعْنَى الْجُزْءِ كَالصَّدَقَةِ وَالْكَسْبِ وَالْغَلَّةِ لَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ لِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ فَلَا يَبْطُلُ الْخِيَارُ فَإِنْ اخْتَارَ الْبَيْعَ فَالزَّوَائِدُ له مع الْأَصْلِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أنها كَسْبُ مَلَكَهُ فَكَانَتْ مِلْكَهُ
وَإِنْ اخْتَارَ الْفَسْخَ رَدَّ الْأَصْلَ مع الزَّوَائِدِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الزَّوَائِدُ تَكُونُ له بِنَاءً على أَنَّ مِلْكَ الْمَبِيعِ كان مَوْقُوفًا فإذا فُسِخَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَدْخُلْ في مِلْكِهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الزِّيَادَةَ حَصَلَتْ على مِلْكِ الْبَائِعِ فَيَرُدُّهَا إلَيْهِ مع الْأَصْلِ وَعِنْدَهُمَا الْمَبِيعُ دخل في مِلْكِ الْمُشْتَرِي فَكَانَتْ الزَّوَائِدُ حَاصِلَةً على مِلْكِهِ وَالْفَسْخُ يَظْهَرُ في الْأَصْلِ لَا في الزِّيَادَةِ فَبَقِيَتْ على حُكْمِ مِلْكِ الْمُشْتَرِي
وَلَوْ كان الْمَبِيعُ دَابَّةً فَرَكِبَهَا فَإِنْ رَكِبَهَا لِحَاجَةِ نَفْسِهِ كان إجَازَةً وَإِنْ رَكِبَهَا لِيَسْقِيَهَا أو يَشْتَرِيَ لها عَلَفًا أو لِيَرُدَّهَا على بَائِعِهَا فَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ إجَازَةً لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَفْعَلَ ذلك قَوْدًا وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَكُونُ إجَازَةً وهو على خِيَارِهِ لِأَنَّ ذلك مِمَّا لَا بُدَّ منه خُصُوصًا إذَا كانت الدَّابَّةُ صَعْبَةً لَا تَنْقَادُ بِالْقَوْدِ فَكَانَ ذلك من ضَرُورَاتِ الرَّدِّ فَلَا يُجْعَلُ إجَازَةً
وَلَوْ رَكِبَهَا لِيَنْظُرَ إلَى سَيْرِهَا لَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ له من ذلك للاختبار (((للاختيار))) بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ أَنَّهُ إذَا رَكِبَهَا بَعْدَمَا عَلِمَ بِالْعَيْبِ أَنَّهُ يَبْطُلُ خِيَارُهُ لِأَنَّ له منه بُدًّا وَلَا حَاجَةَ إلَى الرُّكُوبِ هُنَاكَ لِمَعْرِفَةِ سَيْرِهَا فَكَانَ دَلِيلَ الرِّضَا بِالْعَيْبِ وَلَوْ كان الْمَبِيعُ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ لِيَنْظُرَ إلَى قِصَرِهِ من طُولِهِ وَعَرْضِهِ لَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ لِأَنَّ ذلك مِمَّا يُحْتَاجُ إلَيْهِ لِلتَّجْرِبَةِ وَالِامْتِحَانِ أَنَّهُ يُوَافِقُهُ أَمْ لَا فلم يَكُنْ منه بُدٌّ
وَلَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ لِيَعْرِفَ سَيْرَهَا ثُمَّ رَكِبَهَا مَرَّةً أُخْرَى يُنْظَرُ إنْ رَكِبَهَا لِمَعْرِفَةِ

سَيْرٍ آخَرَ غَيْرِ الْأَوَّلِ بِأَنْ رَكِبَهَا مَرَّةً لِيَعْرِفَ أنها هِمْلَاجٌ ثُمَّ رَكِبَهَا ثَانِيًا لِيَعْرِفَ سُرْعَةَ عَدْوِهَا فَهُوَ على خِيَارِهِ لِأَنَّ مَعْرِفَةَ السَّيْرَيْنِ مَقْصُودَةٌ تَقَعُ الْحَاجَةُ إلَيْهَا في بَعْضِ الدَّوَابِّ
وَإِنْ رَكِبَهَا لِمَعْرِفَةِ السَّيْرِ الْأَوَّلِ قالوا يَسْقُطُ خِيَارُهُ وَكَذَا في اسْتِخْدَامِ الرَّقِيقِ إذَا اسْتَخْدَمَهُ في نَوْعٍ ثُمَّ اسْتَخْدَمَهُ في ذلك النَّوْعِ قالوا يَسْقُطُ خِيَارُهُ وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا قالوا لَا يَسْقُطُ لِأَنَّ الِاخْتِبَارَ لَا يَحْصُلُ بِالْمَرَّةِ الْوَاحِدَةِ لِجَوَازِ أَنَّ الْأَوَّلَ وَقَعَ اتِّفَاقًا فَيُحْتَاجُ إلَى التَّكْرَارِ لِمَعْرِفَةِ الْعَادَةِ وفي الثَّوْبِ إذَا لَبِسَهُ مَرَّةً لِمَعْرِفَةِ الطُّولِ وَالْعَرْضِ ثُمَّ لَبِسَهُ ثَانِيًا يَسْقُطُ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إلَى تَكْرَارِ اللُّبْسِ في الثَّوْبِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِاللُّبْسِ مَرَّةً وَاحِدَةً
وَلَوْ حَمَلَ على الدَّابَّةِ عَلَفًا فَهُوَ إجَازَةٌ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ حَمْلُ الْعَلَفِ على غَيْرِهَا وَلَوْ قَصَّ حَوَافِرَهَا أو أَخَذَ من عُرْفِهَا شيئا فَهُوَ على خِيَارِهِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ لَا يَخْتَصُّ بِالْمِلْكِ إذْ هو من بَابِ إصْلَاحِ الدبة (((الدابة))) فَيَمْلِكُهُ كُلُّ وَاحِدٍ وَيَكُونُ مَأْذُونًا فيه دَلَالَةً كما إذَا عَلَفَهَا أو سَقَاهَا
وَلَوْ وَدَجَهَا أو بَزَغَهَا فَهُوَ إجَازَةٌ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فيها بِالتَّنْقِيصِ فَإِنْ كان شَاةً فَحَلَبَهَا أو شَرِبَ لَبَنَهَا فَهُوَ إجَازَةٌ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ إلَّا بِالْمِلْكِ أو الْإِذْنِ من الْمَالِكِ ولم يُوجَدْ الْإِذْنُ فَكَانَ دَلِيلًا على قَصْدِ التَّمَلُّكِ أو التَّقْرِيرِ فَيَكُونُ إجَازَةً
وَلَوْ كان الْمَبِيعُ دَارًا فَسَكَنَهَا الْمُشْتَرِي أو أَسْكَنَهَا غَيْرَهُ بِأَجْرٍ أو بِغَيْرِ أَجْرٍ أو رَمَّ شيئا منها أو جَصَّصَهَا أو طَيَّنَهَا أو أَحْدَثَ فيها شيئا أو هَدَمَ فيها شيئا فَذَلِكَ كُلُّهُ إجَازَةٌ لِأَنَّهُ دَلِيلُ اخْتِيَارِ الْمِلْكِ أو تَقْرِيرِهِ فَكَانَ إجَازَةً دَلَالَةً
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ في سُكْنَى الْمُشْتَرِي رِوَايَتَانِ وَوَفَّقَ بَيْنَهُمَا فَحَمَلَ إحْدَاهُمَا على ابْتِدَاءِ السُّكْنَى وَالْأُخْرَى على الدَّوَامِ عليه وَلَوْ كان فيها سَاكِنٌ بِأَجْرٍ فَبَاعَهَا الْبَائِعُ بِرِضَا الْمُسْتَأْجِرِ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لِلْمُشْتَرِي فَتَرَكَهُ الْمُشْتَرِي فيها أو اسْتَأْدَى الْغَلَّةَ فَهُوَ إجَازَةٌ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ فَكَانَ أَخْذُهَا دَلَالَةَ قَصْدَ تَمَلُّكِ الْمَنْفَعَةِ أو تَقْرِيرَ مِلْكِ الْمَنْفَعَةِ وَذَلِكَ قَصَدَ تَمَلُّكَ الدَّارِ أو تَقَرَّرَ مِلْكِهِ فيها فَكَانَ إجَازَةً
وَلَوْ كان الْمَبِيعُ أَرْضًا فيها حَرْثٌ فَسَقَاهُ أو حَصَدَهُ أو قَصَلَ منه شيئا فَهُوَ إجَازَةٌ لِأَنَّ السَّقْيَ تَصَرُّفٌ في الْحَرْثِ بِالتَّزْكِيَةِ فَكَانَ دَلِيلَ اخْتِيَارِ الْبَيْعِ وَإِيجَابِهِ

وَكَذَلِكَ الْقَصْلُ تَصَرُّفٌ فيه بِالتَّنْقِيصِ فَكَانَ دَلِيلَ قَصْدِ التَّمَلُّكِ أو التَّقَرُّرِ وَلَوْ شَرِبَ من نَهْرِ تِلْكَ الْأَرْضِ أو سَقَى منه دَوَابَّهُ لَا يَكُونُ إجَازَةً لِأَنَّ هذا تَصَرُّفٌ لَا يَخْتَصُّ بِالْمِلْكِ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ وَلَوْ كان الْمَبِيعُ رَحًى فَطَحَنَ فيها فَإِنْ هو طَحَنَ لِيَعْرِفَ مِقْدَارَ طَحْنِهَا فَهُوَ على خِيَارِهِ لِأَنَّهُ تَحَقَّقَ ما شُرِعَ له الْخِيَارُ وَلَوْ دَامَ على ذلك كان إجَازَةً لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إلَى الزِّيَادَةِ لِلِاخْتِيَارِ فَكَانَ دَلِيلَ الرِّضَا بِوُجُوبِ الْبَيْعِ
وَأَمَّا خِيَارُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي جميعا فَيَسْقُطُ بِمَا يَسْقُطُ بِهِ حَالَةَ الِانْفِرَادِ فَأَيُّهُمَا أَجَازَ صَرِيحًا أو ما يَجْرِي مَجْرَى الصَّرِيحِ أو فَعَلَ ما يَدُلُّ على الْإِجَازَةِ بَطَلَ خِيَارُهُ وَلَزِمَ الْبَيْعُ من جَانِبِهِ وَالْآخَرُ على خِيَارِهِ إنْ شَاءَ أَجَازَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ وَأَيُّهُمَا فَسَخَ صَرِيحًا أو ما يَجْرِي مَجْرَى الصَّرِيحِ أو فَعَلَ ما يَدُلُّ على الْفَسْخِ انْفَسَخَ أَصْلًا وَرَأْسًا وَلَا تَلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ من صَاحِبِهِ بَعْدَ ذلك وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ حُكْمُ

الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ لِأَنَّ الْفَسْخَ تَصَرُّفٌ في الْعَقْدِ بِالْإِبْطَالِ وَالْعَقْدُ بعدما بَطَلَ لَا يَحْتَمِلُ الْإِجَازَةَ لِأَنَّ الْبَاطِلَ متلاشي (((متلاش)))
وَأَمَّا الْإِجَازَةُ فَهِيَ تَصَرُّفٌ في الْعَقْدِ بِالتَّغْيِيرِ وهو الْإِلْزَامُ لَا بِالْإِعْدَامِ فَلَا يُخْرِجُهُ عن احْتِمَالِ الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ وَلَوْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا وَفَسَخَ الْآخَرُ انْفَسَخَ الْعَقْدُ سَوَاءٌ كان على التَّعَاقُبِ أو على الْقِرَانِ لِأَنَّ الْفَسْخَ أَقْوَى من الْإِجَازَةِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَلْحَقُ الْإِجَازَةَ فإن الْمُجَازَ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَأَمَّا الْإِجَازَةُ فَلَا تَلْحَقُ الْفَسْخَ فإن الْمَفْسُوخَ لَا يَحْتَمِلُ الْإِجَازَةَ فَكَانَ الْفَسْخُ أَقْوَى من الْإِجَازَةِ فَكَانَ أَوْلَى وَلَوْ اخْتَلَفَا في الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ فقال أَحَدُهُمَا فَسَخْنَا الْبَيْعَ وقال الْآخَرُ لَا بَلْ أَجَزْنَا الْبَيْعَ جميعا فَاخْتِلَافُهُمَا لَا يَخْلُو من أَنْ يَكُونَ في مُدَّةِ الْخِيَارِ أو بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ فَإِنْ كان في الْمُدَّةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ من يَدَّعِي الْفَسْخَ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَنْفَرِدُ بِالْفَسْخِ وَأَحَدَهُمَا لَا يَنْفَرِدُ بِالْإِجَازَةِ
وَلَوْ قَامَتْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ من يَدَّعِي الْإِجَازَةَ لِأَنَّهُ الْمُدَّعِي وَإِنْ كان بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ فقال أَحَدُهُمَا مَضَتْ الْمُدَّةُ بَعْدَ الْفَسْخِ وقال الْآخَرُ بَعْدَ الْإِجَازَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ من يَدَّعِي الْإِجَازَةَ لِأَنَّ الْحَالَ حَالُ الْجَوَازِ وهو ما بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ فَتَرَجَّحَ جَانِبُهُ بِشَهَادَةِ الْحَالِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ
وَلَوْ قَامَتْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ مُدَّعِي الْفَسْخِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ أَمْرًا بِخِلَافِ الظَّاهِرِ وَالْبَيِّنَاتُ شُرِعَتْ له وَإِنْ كان الْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا وَاخْتَلَفَا في الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ في مُدَّةِ الْخِيَارِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ من له الْخِيَارُ سَوَاءٌ ادَّعَى الْفَسْخَ أم الْإِجَازَةَ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْأَمْرَيْنِ جميعا وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْآخَرِ لِأَنَّهُ هو الْمُدَّعِي وَلَوْ كان اخْتِلَافُهُمَا بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْخِيَارِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ من يَدَّعِي الْإِجَازَةَ أَيَّهُمَا كان لِأَنَّ الْحَالَ حَالُ الْجَوَازِ وَهِيَ ما بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ وَلَوْ أَرَّخَتْ الْبَيِّنَاتُ في هذا كُلِّهِ فَأَسْبَقُهُمَا تَارِيخًا أَوْلَى سَوَاءٌ قَامَتْ على الْفَسْخِ أو على الْإِجَازَةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَإِنْ كان خِيَارُ الشَّرْطِ لِغَيْرِ الْعَاقِدَيْنِ بِأَنْ شَرَطَ أَحَدُهُمَا الْخِيَارَ لِأَجْنَبِيٍّ فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ ذلك جَائِزٌ وَلِلشَّارِطِ وَالْمَشْرُوطِ له خِيَارُ الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ وَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ وَأَيُّهُمَا فَسَخَ انْفَسَخَ لِأَنَّهُ صَارَ شَارِطًا لِنَفْسِهِ مُقْتَضَى الشَّرْطِ لِغَيْرِهِ وَصَارَ الْمَشْرُوطُ له بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ لِلشَّارِطِ في الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ فَإِنْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا وَفَسَخَ الْآخَرُ فَإِنْ كَانَا على التَّعَاقُبِ فَأَوَّلُهُمَا أَوْلَى فَسْخًا كان أو إجَازَةً لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالشَّرْطِ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ فَأَيُّهُمَا سَبَقَ وُجُودُهُ بَطَلَ الْآخَرُ وَإِنْ كَانَا مَعًا ذُكِرَ في الْبُيُوعِ أَنَّ تَصَرُّفَ الْمَالِكِ عن وِلَايَةِ الْمِلْكِ أَوْلَى نَقْضًا كان أو أجازة وَذَكَرَ في الْمَأْذُونِ أَنَّ النَّقْضَ أَوْلَى من أَيِّهِمَا كان
وَجْهُ رِوَايَةِ الْبُيُوعِ أَنَّ تَصَرُّفَ الْمَالِكِ صَدَرَ عن وِلَايَةِ الْمِلْكِ فَلَا يُعَارِضُهُ الصَّادِرُ عن وِلَايَةِ النِّيَابَةِ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْمَأْذُونِ أَنَّ النَّقْضَ أَوْلَى من الْإِجَازَةِ لِأَنَّ الْمُجَازَ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ أَمَّا الْمَفْسُوخُ فَلَا يَحْتَمِلُ الْإِجَازَةَ فَكَانَ الرُّجْحَانُ في الْمَأْذُونِ لِلنَّقْضِ من أَيِّهِمَا كان
وَقِيلَ ما رُوِيَ في الْبُيُوعِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُ وِلَايَةَ الْمِلْكِ على وِلَايَةِ النِّيَابَةِ وما ذُكِرَ في الْمَأْذُونِ قَوْلُ أبي يُوسُفَ لِأَنَّهُ لَا يَرَى تَقْدِيمَ وِلَايَةِ الْمِلْكِ وَأَصْلُهُ ما ذُكِرَ في النَّوَادِرِ أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ إذَا بَاعَ من إنْسَانٍ وَبَاعَ الْمَالِكُ من غَيْرِهِ وَخَرَجَ الْكَلَامَانِ مع أَنَّ بَيْعَ الْمُوَكِّلِ أَوْلَى عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُجْعَلُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَيُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ من المشترين (((المشتريين))) وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَنْفَسِخُ بِهِ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ ما يَنْفَسِخُ بِهِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ شَرَائِطِهِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ ما يَنْفَسِخُ بِهِ في الْأَصْلِ

نَوْعَانِ اخْتِيَارِيٌّ وَضَرُورِيٌّ وَالِاخْتِيَارِيُّ نَوْعَانِ أَيْضًا صَرِيحٌ وما هو في مَعْنَى الصَّرِيحِ وَدَلَالَةٌ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَحْوَ أَنْ يَقُولَ من له الْخِيَارُ فَسَخْتُ الْبَيْعَ أو نَقَضْتُهُ أو أَبْطَلْتُهُ وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى فَيَنْفَسِخُ الْبَيْعُ سَوَاءٌ كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ أو

لِلْمُشْتَرِي أو لَهُمَا أو لِغَيْرِهِمَا وَلَا يُشْتَرَطُ له التَّرَاضِي وَلَا قَضَاءُ الْقَاضِي لِأَنَّ الْفَسْخَ حَصَلَ بِتَسْلِيطِ صَاحِبِهِ عليه
وَأَمَّا الْفَسْخُ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ فَهُوَ أَنْ يَتَصَرَّفَ من له الْخِيَارُ تَصَرُّفَ الْمُلَّاكِ إنْ كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وفي الثَّمَنِ إنْ كان عَيْنًا إذَا كان الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْخِيَارَ إذَا كان لِلْبَائِعِ فَتَصَرُّفُهُ في الْمَبِيعِ تَصَرُّفُ الْمُلَّاكِ دَلِيلُ اسْتِبْقَاءِ مِلْكِهِ فيه وإذا كان لِلْمُشْتَرِي فَتَصَرُّفُهُ في الثَّمَنِ إذَا كان عَيْنًا تَصَرُّفُ الْمُلَّاكِ دَلِيلُ اسْتِبْقَاءِ مِلْكِهِ فيه وَلَا يَكُونُ ذلك إلَّا بِالْفَسْخِ فَالْإِقْدَامُ عليه يَكُونُ فَسْخًا لِلْعَقْدِ دَلَالَةً
وَالْحَاصِلُ أن وُجِدَ من الْبَائِعِ في الْمَبِيعِ ما لو وُجِدَ منه في الثَّمَنِ لَكَانَ إجَازَةً لِلْبَيْعِ يَكُونُ فَسْخًا لِلْبَيْعِ وقد ذَكَرْنَا ذلك كُلَّهُ وَهَذَا النَّوْعُ من الْفَسْخِ لَا يَقِفُ على عِلْمِ صَاحِبِهِ بِلَا خِلَافٍ بِخِلَافِ النَّوْعِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الِانْفِسَاخَ هَهُنَا لَا يَثْبُتُ بِالْفَسْخِ مَقْصُودًا وَإِنَّمَا يَثْبُتُ ضِمْنِيًّا لِغَيْرِهِ فَلَا يُشْتَرَطُ له ما يُشْتَرَطُ لِلْفَسْخِ مَقْصُودًا كَبَيْعِ الشِّرْبِ وَالطَّرِيقِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ مَقْصُودًا وَيَجُوزُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الضَّرُورِيُّ فَنَحْوَ أَنْ يَهْلِكَ الْمَبِيعُ قبل الْقَبْضِ فَيَبْطُلُ الْبَيْعُ سَوَاءٌ كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ أو لِلْمُشْتَرِي أو لَهُمَا جميعا لِأَنَّهُ لو كان بَاتًّا لَبَطَلَ فإذا كان فيه خِيَارُ الشَّرْطِ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَضْعَفُ منه وَإِنْ هَلَكَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَكَذَلِكَ يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَلَكِنْ تَلْزَمُهُ الْقِيمَةُ إنْ لم يَكُنْ له مِثْلٌ وَالْمِثْلُ إنْ كان له مِثْلٌ إمَّا بُطْلَانُ الْبَيْعِ فَلِأَنَّ الْمَبِيعَ صَارَ بِحَالٍ لَا يَحْتَمِلُ إنْشَاءَ الْعَقْدِ عليه فَلَا يَحْتَمِلُ الْإِجَازَةَ فَيَنْفَسِخُ الْعَقْدُ ضَرُورَةً وَأَمَّا لُزُومُ الْقِيمَةِ فَقَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال ابن أبي لَيْلَى أنه يَهْلِكُ أَمَانَةً
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْخِيَارَ مَنَعَ انْعِقَادَ الْعَقْدِ في حَقِّ الْحُكْمِ فَكَانَ الْمَبِيعُ على حُكْمِ مِلْكِ الْبَائِعِ أَمَانَةً في يَدِ الْمُشْتَرِي فَيَهْلِكُ هَلَاكَ الْأَمَانَاتِ
وَلَنَا أَنَّ الْبَيْعَ وَإِنْ لم يَنْعَقِدْ في حَقِّ الْحُكْمِ لَكِنَّ الْمَبِيعَ في قَبْضِ الْمُشْتَرِي على حُكْمِ الْبَيْعِ فَلَا يَكُونُ دُونَ الْمَقْبُوضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ بَلْ هو فَوْقَهُ لِأَنَّ هُنَاكَ لم يُوجَدْ الْعَقْدُ لَا بِنَفْسِهِ وَلَا بِحُكْمِهِ وَهَهُنَا إنْ لم يَثْبُتْ حُكْمُ الْعَقْدِ فَقَدْ وُجِدَ بِنَفْسِهِ وَذَلِكَ مَضْمُونٌ بِالْقِيمَةِ أو بِالْمِثْلِ فَهَذَا أَوْلَى
وَإِنْ كان الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَلَكِنْ يَبْطُلُ الْخِيَارُ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ وَعَلَيْهِ الثَّمَنُ أما على أَصْلِهِمَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ فإذا قَبَضَهُ فَقَدْ تَقَرَّرَ عليه الثَّمَنُ فإذا هَلَكَ يَهْلِكُ مَضْمُونًا بِالثَّمَنِ كما كان في الْبَيْعِ الْبَاتِّ
وأما على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَالْمُشْتَرِي وَإِنْ لم يَمْلِكْهُ فَقَدْ اعْتَرَضَ عليه في يَدِهِ قبل الْقَبْضِ ما يَمْنَعُ الرَّدَّ وهو التَّعَيُّبُ بِعَيْبٍ لم يَكُنْ عِنْدَ الْبَائِعِ لِأَنَّ الْهَلَاكَ في يَدِهِ لَا يَخْلُو عن تَقَدُّمِ عَيْبٍ عَادَةً لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عن سَبَبِ مَوْتِهِ في الْهَلَاكِ عَادَةً وَأَنَّهُ يَكُونُ عَيْبًا وَتَعَيُّبُ الْمَبِيعِ في يَدِ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ الرَّدَّ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ لِمَا

ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ فإذا هَلَكَ يَهْلِكُ بِالثَّمَنِ
وَلَوْ اسْتَهْلَكَ الْمَبِيعَ أَجْنَبِيٌّ وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ وَالْبَائِعُ على خِيَارِهِ لِأَنَّهُ يَهْلِكُ إلَى خَلَفٍ وهو الضَّمَانُ لِوُجُودِ سَبَبِ الْوُجُوبِ لِلضَّمَانِ وهو إتْلَافُ مَالٍ مقوم (((متقوم))) مَمْلُوكٍ لِغَيْرِهِ لِأَنَّ خِيَارَ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عن مِلْكِهِ وَالْهَالِكُ إلَى خَلَفٍ قَائِمٌ مَعْنًى فَكَانَ الْمَبِيعُ قَائِمًا فَكَانَ مُحْتَمِلًا لِلْإِجَازَةِ سَوَاءٌ كان الْمَبِيعُ في يَدِ الْمُشْتَرِي أو في يَدِ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْإِتْلَافِ في الْحَالَيْنِ جميعا فَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَاتَّبَعَ الْجَانِي بِالضَّمَانِ
وَكَذَلِكَ لو اسْتَهْلَكَهُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ وَجَبَ الضَّمَانُ عليه بِالِاسْتِهْلَاكِ لِوُجُودِ سَبَبِ الْوُجُوبِ وَالضَّمَانُ بَدَلُ الْمَضْمُونِ فَيَقُومُ مَقَامَهُ فَكَانَ الْمَبِيعُ قَائِمًا مَعْنًى فَكَانَ الْخِيَارُ على حَالِهِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَاتَّبَعَ الْمُشْتَرِي بِالضَّمَانِ وَإِنْ شَاءَ أَجَازَهُ وَاتَّبَعَهُ بِالثَّمَنِ
وَلَوْ تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ في يَدِ الْبَائِعِ فَإِنْ كان بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمَبِيعِ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ وهو على خِيَارِهِ لِأَنَّ ما انْتَقَصَ منه من غَيْرِ فِعْلِهِ غَيْرُ مَضْمُونٍ عليه حَيْثُ لَا يَسْقُطُ بِحِصَّتِهِ شَيْءٌ من الثَّمَنِ فَلَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ في قَدْرِ الضَّمَانِ بِإِبْقَاءِ الْخِيَارِ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ على الْمُشْتَرِي فَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ أَجَازَهُ فَإِنْ أَجَازَهُ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِتَغَيُّرِ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ
وَإِنْ كان بِفِعْلِ الْبَائِعِ بَطَلَ الْبَيْعُ لِأَنَّ ما انْتَقَصَ بِفِعْلِهِ فَهُوَ مَضْمُونٌ عليه حتى يَسْقُطَ عن الْمُشْتَرِي حِصَّةُ قَدْرِ النُّقْصَانِ من الثَّمَنِ فَالْإِجَازَةُ تَتَضَمَّنُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ على الْمُشْتَرِي قبل التَّمَامِ
وَإِنْ كان بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ لم يَبْطُلْ الْبَيْعُ وهو على خِيَارِهِ لِأَنَّ قَدْرَ النُّقْصَانِ هَلَكَ إلَى خَلَفٍ وهو الضَّمَانُ فَكَانَ قَائِمًا مَعْنًى ولم يَبْطُلْ الْبَيْعُ في قَدْرِ الْهَالِكِ فَكَانَ الْبَائِعُ على خِيَارِهِ إنْ شاه (((شاء))) فَسَخَ الْبَيْعَ وأتبع الْجَانِيَ بِالْأَرْشِ وَإِنْ شَاءَ أَجَازَ وأتبع الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي يَتَّبِعُ الْجَانِي بِالْأَرْشِ
وَكَذَلِكَ لو تَعَيَّبَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَالْبَائِعُ على

خِيَارِهِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ على مِلْكِ الْبَائِعِ فَكَانَ قَدْرُ النُّقْصَانِ مَضْمُونًا على الْمُشْتَرِي فَكَانَ هَلَاكًا إلَى خَلَفٍ فَكَانَ الْبَيْعُ على حَالِهِ وَالْبَائِعُ على خِيَارِهِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَاتَّبَعَ الْمُشْتَرِيَ بِالضَّمَانِ
وَإِنْ شَاءَ أَجَازَهُ وَاتَّبَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ
وَكَذَلِكَ إذَا تَعَيَّبَ في يَدِ الْمُشْتَرِي بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ أو بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي أو بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ فَالْبَائِعُ على خِيَارِهِ فَإِنْ شَاءَ أَجَازَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ فَإِنْ أَجَازَ أَخَذَ من الْمُشْتَرِي جَمِيعَ الثَّمَنِ سَوَاءٌ كان التَّعَيُّبُ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي أو بِفِعْلِ الْأَجْنَبِيِّ أو بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ لِأَنَّ الْبَيْعَ جَازَ في الْكُلِّ وَلَا يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الرَّدِّ بِحُدُوثِ التَّغَيُّرِ في الْمَبِيعِ لِأَنَّهُ حَدَثَ في يَدِهِ في ضامنه (((ضمانه))) غير أَنَّهُ إنْ كان التعييب (((التعيب))) بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي فَلَا سَبِيلَ له على أَحَدٍ
وَإِنْ كان بِفِعْلِ الْأَجْنَبِيِّ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَتَّبِعَ الْجَانِي بِالْأَرْشِ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْعَبْدَ بِإِجَازَةِ الْبَائِعِ من وَقْتِ الْبَيْعِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ على مِلْكِهِ وَإِنْ فَسَخَ يُنْظَرُ إنْ كان التَّعَيُّبُ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي فإن الْبَائِعَ يَأْخُذُ الْبَاقِي وَيَأْخُذُ أَرْشَ

الْجِنَايَةِ مِن الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْعَبْدَ كان مَضْمُونًا على الْمُشْتَرِي بِالْقِيمَةِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو هَلَكَ في يَدِهِ لزمنه (((لزمته))) قِيمَتُهُ وَبِالْفَسْخِ وَجَبَ عليه رَدُّهُ وقد عَجَزَ عن رَدِّ قَدْرِ الْفَائِتِ فَيَلْزَمُهُ رَدُّ قِيمَتِهِ وَكَذَا إذَا تَعَيَّبَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ كان التَّعَيُّبُ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ فَالْبَائِعُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْأَجْنَبِيَّ بِالْأَرْشِ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ على مِلْكِهِ وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ في ضَمَانِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ اخْتَارَ اتِّبَاعَ الْأَجْنَبِيِّ فَالْأَجْنَبِيُّ لَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ لِأَنَّهُ ضَمِنَ بِفِعْلِ نَفْسِهِ

وَإِنْ اخْتَارَ اتِّبَاعَ الْمُشْتَرِي فَالْمُشْتَرِي يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ من الْأَرْشِ على الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ قام مَقَامَ الْبَائِعِ في حَقِّ مِلْكِ بَدَلِ الْفَائِتِ وَإِنْ لم يَقُمْ مَقَامَهُ في حَقِّ مِلْكِ نَفْسِ الْفَائِتِ كَغَاصِبِ الْمُدَبَّرِ إذَا قُتِلَ الْمُدَبَّرُ في يَدِهِ وَضَمِنَهُ لِلْمَالِكِ أَنَّ له أَنْ يَرْجِعَ بِمَا ضَمِنَ على القائل (((القاتل))) وَإِنْ لم يَمْلِكْ نَفْسَ الْمُدَبَّرِ كَذَا هذا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا شَرَائِطُ جَوَازِ الْفَسْخِ فَمِنْهَا قِيَامُ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْخِيَارَ إذَا بَطَلَ فَقَدْ لَزِمَ الْبَيْعُ فَلَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَمِنْهَا عِلْمُ صَاحِبِهِ بِالْفَسْخِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حتى لو فُسِخَ بِغَيْرِ عِلْمِهِ كان فَسْخُهُ مَوْقُوفًا عِنْدَهُمَا إنْ عَلِمَ صَاحِبُهُ بِفَسْخِهِ في مُدَّةِ الْخِيَارِ نَفَذَ وَإِنْ لم يَعْلَمْ حتى مَضَتْ الْمُدَّةُ لَزِمَ الْعَقْدُ

وَكَذَا لو أَجَازَ الْفَاسِخُ الْعَقْدَ نَفَذَ فَسْخُهُ قبل عِلْمِ صَاحِبِهِ وَجَازَتْ إجَازَتُهُ وَلَزِمَ الْعُقَدُ وَبَطَلَ فَسْخُهُ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْأَوَّلُ ثُمَّ رَجَعَ وقال عِلْمُ صَاحِبِهِ ليس بِشَرْطٍ حتى لو فُسِخَ يَصِحُّ فَسْخُهُ عَلِمَ صَاحِبُهُ بِالْفَسْخِ أو لَا

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ فَصَلَ بين خِيَارِ الْبَائِعِ وَخِيَارِ الْمُشْتَرِي فلم يَشْتَرِطْ الْعِلْمَ في خِيَارِ الْبَائِعِ وَشَرَطَ في خِيَارِ الْمُشْتَرِي

وَأَمَّا خِيَارُ الرُّؤْيَةِ فَهُوَ على هذا الِاخْتِلَافِ ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ وَلَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا في خِيَارِ الْعَيْبِ أَنَّ الْعِلْمَ بِالْفَسْخِ فيه شَرْطٌ سَوَاءٌ كان بَعْدَ الْقَضَاءِ أو قَبْلَهُ وَأَجْمَعُوا على أَنَّ عَزْلَ الْمُوَكِّلِ وَكِيلَهُ بِغَيْرِ عِلْمِهِ وَإِنْ فَسَخَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الشَّرِكَةَ أو نهى رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارِبَ عن التَّصَرُّفِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ لَا يَصِحُّ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِجَازَةَ بِغَيْرِ عِلْمِ صَاحِبِهِ فَيَمْلِكُ الْفَسْخَ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَصَلَ بِتَسْلِيطِ صَاحِبِهِ عليه وَرِضَاهُ فَلَا مَعْنَى لِلتَّوَقُّفِ على عِلْمِهِ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إذَا بَاعَ من غَيْرِ عِلْمِ الْمُوَكِّلِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا إن الْفَسْخَ لو نَفَذَ بِغَيْرِ عِلْمِ صَاحِبِهِ لَتَضَرَّرَ بِهِ صَاحِبُهُ فَلَا يَنْفُذُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه كَالْمُوَكِّلِ إذَا عَزَلَ وَكِيلَهُ بِغَيْرِ عِلْمِهِ وَبَيَانُ الضَّرَرِ أَنَّ صَاحِبَهُ إذَا لم يَعْلَمْ بِالْفَسْخِ فَتَصَرَّفَ في الْمَبِيعِ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْخِيَارِ على ظَنِّ أَنَّهُ مِلْكُهُ فَلَوْ جَازَ الْفَسْخُ من غَيْرِ عِلْمِهِ لَتَبَيَّنَ أَنَّهُ تَصَرَّفَ في مِلْكِ غَيْرِهِ وَأَنَّهُ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ وَلِهَذَا لم يَجُزْ عَزْلُ الْوَكِيلِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ كَذَا هذا بِخِلَافِ الْإِجَازَةِ أَنَّهَ يَصِحُّ من غَيْرِ عِلْمِهِ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فيه وَكَذَا لَا ضَرَرَ في بَيْعِ الْوَكِيلِ بِغَيْرِ عِلْمِ الْمُوَكِّلِ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ في الْفَسْخِ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ حتى لَا يَمْلِكَ الْإِجَازَةَ في الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ لِأَنَّهُ تفرق (((تفريق))) الصَّفْقَةِ قبل تَمَامِهَا وَأَنَّهُ بَاطِلٌ

وَأَمَّا الْخِيَارُ الثَّابِتُ بِالشَّرْطِ دَلَالَةً فَهُوَ خِيَارُ الْعَيْبِ وَالْكَلَامُ في بَيْعِ الْمَعِيبِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ حُكْمِهِ وفي بين صفة الحكم وفي بَيَانِ تفسري (((صفة))) الْعَيْبِ الذي يُوجِبُ الْخِيَارَ وَتَفْصِيلِ الْمُفَسَّرِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ وفي طَرِيقِ إثْبَاتِ الْعَيْبِ وفي بَيَانِ كَيْفِيَّةِ الرَّدِّ وَالْفَسْخِ بِالْعَيْبِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وفي بَيَانِ من تَلْزَمُهُ الْخُصُومَةُ في الْعَيْبِ وَمَنْ لَا تَلْزَمُهُ وفي بَيَانِ ما يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ وفي بَيَانِ ما يَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ وفي بَيَانِ ما يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ وما لَا يَمْنَعُ وفي بَيَانِ طَرِيقِ الرُّجُوعِ

أَمَّا حُكْمُهُ فَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي في الْمَبِيعِ لِلْحَالِ لِأَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ مُطْلَقٌ عن الشَّرْطِ وَالثَّابِتُ بِدَلَالَةِ

(5/273)

النَّصِّ شَرْطُ السَّلَامَةِ لَا شَرْطُ السَّبَبِ وَلَا شَرْطُ الْحُكْمِ وَأَثَرُهُ في مَنْعِ اللُّزُومِ لَا في من (((منع))) أَصْلِ الْحُكْمِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِأَنَّ الشَّرْطَ الْمَنْصُوصَ عليه هُنَاكَ دخل على السَّبَبِ فَيَمْنَعُ انْعِقَادَهُ في حَقِّ الْحُكْمِ في مُدَّةِ الْخِيَارِ
وَأَمَّا صِفَتُهُ فَهِيَ أَنَّهُ مِلْكٌ غَيْرُ لَازِمٍ لِأَنَّ السَّلَامَةَ شَرْطٌ في الْعَقْدِ دَلَالَةً فما لم يُسَلِّمْ الْمَبِيعُ لَا يَلْزَمُ الْبَيْعُ فَلَا يَلْزَمُ حُكْمُهُ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ السَّلَامَةَ مَشْرُوطَةٌ في الْعَقْدِ دَلَالَةً أَنَّ السَّلَامَةَ في الْبَيْعِ مَطْلُوبَةُ الْمُشْتَرِي عَادَةً إلَى آخِرِهِ لِأَنَّ غَرَضَهُ الِانْتِفَاعُ بِالْمَبِيعِ وَلَا يَتَكَامَلُ انْتِفَاعُهُ إلَّا بِقَيْدِ السَّلَامَةِ وَلِأَنَّهُ لم يَدْفَعْ جَمِيعَ الثَّمَنِ إلَّا لِيُسَلِّمَ له جَمِيعُ الْمَبِيعِ فَكَانَتْ السَّلَامَةُ مَشْرُوطَةً في الْعَقْدِ دَلَالَةً فَكَانَتْ كَالْمَشْرُوطَةِ نَصًّا فإذا فَاتَتْ الْمُسَاوَاةُ كان له الْخِيَارُ كما إذَا اشْتَرَى جَارِيَةً على أنها بِكْرٌ أو على أنها طَبَّاخَةٌ فلم يَجِدْهَا كَذَلِكَ
وَكَذَا السَّلَامَةُ من مُقْتَضَيَاتِ الْعَقْدِ أَيْضًا لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وَالْمُعَاوَضَاتُ مَبْنَاهَا على الْمُسَاوَاةِ عَادَةً وَحَقِيقَةً وَتَحْقِيقُ الْمُسَاوَاةِ في مُقَابَلَةِ الْبَدَلِ بِالْمُبْدَلِ وَالسَّلَامَةِ بِالسَّلَامَةِ فَكَانَ إطْلَاقُ الْعَقْدِ مُقْتَضِيًا لِلسَّلَامَةِ فإذا لم يُسَلِّمْ الْمَبِيعُ لِلْمُشْتَرِي يَثْبُتُ له الْخِيَارُ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ قَدْرِ الْفَائِتِ بِالْعَيْبِ بِحُكْمِ الْعَقْدِ وهو عَاجِزٌ عن تَسْلِيمِهِ فَيَثْبُتُ الْخِيَارُ وَلِأَنَّ السَّلَامَةَ لَمَّا كانت مَرْغُوبَةَ الْمُشْتَرِي ولم يَحْصُلْ فَقَدْ اخْتَلَّ رِضَاهُ وَهَذَا يُوجِبُ الْخِيَارَ لِأَنَّ الرِّضَا شَرْطُ صِحَّةِ الْبَيْعِ قال اللَّهُ تَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عن تَرَاضٍ مِنْكُمْ } فَانْعِدَامُ الرِّضَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْبَيْعِ وَاخْتِلَالُهُ يُوجِبُ الْخِيَارَ فيه إثْبَاتًا لِلْحُكْمِ على قَدْرِ الدَّلِيلِ
وَالْأَصْلُ في شَرْعِيَّةِ هذا الْخِيَارِ ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال من اشْتَرَى شَاةً مُحَفَّلَةً فَوَجَدَهَا مُصَرَّاةً فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ
وفي رِوَايَةٍ فَهُوَ بِأَحَدِ النَّظَرَيْنِ إلَى ثَلَاثَةٍ أن شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا من تَمْرِ النظران (((والنظران))) الْمَذْكُورَانِ هُمَا نَظَرُ الْإِمْسَاكِ وَالرَّدِّ وَذِكْرُ الثَّلَاثِ في الحديث ليس لِلتَّوْقِيتِ لِأَنَّ هذا النَّوْعَ من الْخِيَارِ ليس بِمُوَقَّتٍ بَلْ هو بِنَاءُ الْأَمْرِ على الْغَالِبِ الْمُعْتَادِ لِأَنَّ المشتري إنْ كان بِهِ عَيْبٌ يَقِفُ عليه الْمُشْتَرِي في هذه الْمُدَّةِ عَادَةً فيرضي بِهِ فَيُمْسِكُهُ أو لَا يرضي بِهِ فَيَرُدُّهُ وَالصَّاعُ من التَّمْرِ كَأَنَّهُ قِيمَةُ اللَّبَنِ الذي حَلَبَهُ الْمُشْتَرِي عَلِمَهُ رسول اللَّهِ بِطَرِيقِ الْمُشَاهَدَةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا تَفْسِيرُ الْعَيْبِ الذي يُوجِبُ الْخِيَارَ وَتَفْصِيلُ الْمُفَسَّرِ فَكُلُّ ما يُوجِبُ نُقْصَانَ الثَّمَنِ في عَادَةِ التُّجَّارِ نُقْصَانًا فَاحِشًا أو يَسِيرًا فَهُوَ عَيْبٌ يُوجِبُ الْخِيَارَ وما لَا فَلَا نحو الْعَمَى وَالْعَوَرِ وَالْحَوَلِ وَالْقَبَلِ وهو نَوْعٌ من الْحَوْلِ مَصْدَرُ الْأَقْبَلِ وهو الذي كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إلَى طَرَفِ أَنْفِهِ وَالسَّبَلِ وهو زِيَادَةٌ في الْأَجْفَانِ وَالْعَشَا مَصْدَرُ الْأَعْشَى وهو الذي لَا يُبْصِرُ بِاللَّيْلِ وَالْخَوَصِ مَصْدَرُ الْأَخْوَصِ وهو غَائِرُ الْعَيْنِ والحوض (((والحوص))) مَصْدَرُ الْأَحْوَصِ وهو الضَّيِّقُ مُؤَخَّرِ الْعَيْنِ

وَالْغَرَبِ وهو وَرَمٌ في الأماق وَهِيَ أَطْرَافُ الْعَيْنِ التي تَلِي الْأَنْفَ
وَقِيلَ هو دُرُورُ الدَّمْعِ دَائِمًا وَالظَّفَرَةُ وَهِيَ التي يُقَالُ لها بِالْفَارِسِيَّةِ ناخنه
وَالشَّتَرِ وهو انْقِلَابُ جَفْنِ الْعَيْنِ وَالْبَرَصِ وَالْقَرَعِ وَالسَّلْعِ وَالشَّلَلِ وَالزَّمَانَةِ
وَالْفَدَعِ وهو إعوجاج في الرُّسْغِ من الْيَدِ أو الرِّجْلِ وَالْفَجَجِ مَصْدَرُ الْأَفْجَجُ وهو
الذي يَتَدَانَى عَقِبَاهُ وَيَنْكَشِفُ سَاقَاهُ في الْمَشْيِ
وَالصَّكَكِ مَصْدَرُ الْأَصَكِّ وهو الذي يصكك (((تصطك))) رُكْبَتَاهُ وَالْحَنَفُ
مَصْدَرُ الْأَحْنَفِ وهو الذي أَقْبَلَتْ إحْدَى إبْهَامِ رِجْلَيْهِ على الْأُخْرَى والبزي
(((والبزا))) مَصْدَرُ الْأَبْزَى وهو خُرُوجُ الصَّدْرِ
وَالْعُسْرِ مَصْدَرُ الْأَعْسَرِ وهو الذي يَعْمَلُ بِشِمَالِهِ والأصبع الزَّائِدَةِ وَالنَّاقِصَةِ
وَالسِّنِّ الشَّاغِيَةِ وَالسَّوْدَاءِ وَالنَّاقِصَةِ وَالظُّفْرِ الْأَسْوَدِ وَالْبَخَرِ وهو نَتْنُ الْفَمِ في
الْجَوَارِي لَا في الْعَبِيدِ إلَّا أَنْ يَكُونَ فَاحِشًا لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ عن دَاءٍ وَالزَّفَرِ وهو
نَتْنُ الْإِبِطِ في الْجَارِيَةِ لَا في الْغُلَامِ إلَّا أَنْ يَفْحُشَ فَيَكُونُ عَيْبًا فِيهِمَا جميعا
وَالْأَدَرِ مَصْدَرُ الإدرة وهو الذي بِهِ أُدْرَةٌ يُقَالُ لها بِالْفَارِسِيَّةِ فَتْخُ
وَالرَّتَقِ وهو انْسِدَادُ فَرْجِ الْجَارِيَةِ وَالْفَتْقِ وهو انْفِتَاحُ فَرْجِهَا وَالْقَرَنِ وهو في
النِّسَاءِ كَالْأُدْرَةِ في الرِّجَالِ وَالشَّمَطِ وَالشَّيْبِ في الْجَوَارِي وَالْعَبِيدِ وَالسُّلُولِ
وَالْقُرُوحِ وَالشِّجَاجِ وَالْأَمْرَاضِ كُلِّهَا
وَالْحَبَلِ في الْجَوَارِي لَا في الْبَهَائِمِ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ في الْبَهِيمَةِ وَحَذْفِ الْحُرُوفِ في
الْمُصْحَفِ الْكَرِيمِ أو في بَعْضِهِ وَالزِّنَا في الْجَارِيَةِ لَا في الْغُلَامِ لِأَنَّهُ يُفْسِدُ
الْفِرَاشَ وقد يُقْصَدُ الْفِرَاشُ في الْإِمَاءِ بِخِلَافِ الْغُلَامِ إلَّا إذَا فَحُشَ وَصَارَ اتِّبَاعُ
النِّسَاءِ عَادَةً له فَيَكُونُ عَيْبًا فيه أَيْضًا لِأَنَّهُ يُوجِبُ تَعْطِيلَ مَنَافِعِهِ على الْمَوْلَى
وَكَذَا إذَا ظَهَرَ وُجُوبُ الْحَدِّ عليه فَهُوَ عَيْبٌ
وقال بَعْضُ مَشَايِخِنَا بِبَلْخٍ الزِّنَا يَكُونُ عَيْبًا في الْغُلَامِ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يُؤْتَمَنُ على
أَهْلِ ابيت (((البيت))) فَلَا يُسْتَخْدَمُ

وَهَذَا ليس بِسَدِيدٍ لِأَنَّ الْغُلَامَ الْكَبِيرَ لَا يُشْتَرَى لِلِاسْتِخْدَامِ في الْبَيْتِ بَلْ
لِلْأَعْمَالِ الْخَارِجَةِ وَكَوْنُ المشتري وَلَدَ الزِّنَا في الْجَارِيَةِ لَا في الْعَبِيدِ لِمَا ذَكَرْنَا
أَنَّهُ قد يُقْصَدُ الْفِرَاشُ من الْجَوَارِي فإذا جَاءَتْ بِوَلَدٍ يُعَيَّرُ وَلَدُهُ بِأُمِّهِ بِخِلَافِ
الْغُلَامِ لِأَنَّهُ يشتري لخدمة (((للخدمة))) عَادَةً وَالْكُفْرُ في الْجَارِيَةِ
وَالْغُلَامِ عَيْبٌ لِأَنَّ الطَّبْعَ السَّلِيمَ يَنْفِرُ عن صُحْبَةِ الْكَافِرِ
وَأَمَّا الْإِسْلَامُ فَلَيْسَ بِعَيْبٍ بِأَنْ اشْتَرَى نَصْرَانِيٌّ عَبْدًا فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لِأَنَّ
الْإِسْلَامَ زِيَادَةٌ وَالنِّكَاحُ في الْجَارِيَةِ وَالْغُلَامِ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ مَمْلُوكَةٌ لِلزَّوْجِ
وَالْعَبْدُ يُبَاعُ في الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ فَيُوجِبُ ذلك نُقْصَانًا في ثَمَنِهِمَا وَالْعِدَّةُ من
طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ لَا من طَلَاقٍ بَائِنٍ أو ثَلَاثٍ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّ لَا يُوجِبُ زَوَالَ الْمِلْكِ
بِخِلَافِ الْبَائِنِ وَالثَّلَاثِ وَاحْتِبَاسُ الْحَيْضَةِ في الْجَارِيَةِ الْبَالِغَةِ مُدَّةً طَوِيلَةً
شَهْرَانِ فَصَاعِدًا والإستحاضة لِأَنَّ ارْتِفَاعَ الْحَيْضِ في أَوَانِهِ لَا يَكُونُ إلَّا لِدَاءٍ
عَادَةً
وَكَذَا اسْتِمْرَارُ الدَّمِ في أَيَّامِ الطُّهْرِ وَالْإِحْرَامُ في الْجَارِيَةِ ليس بِعَيْبٍ لِأَنَّ
الْمُشْتَرِيَ يَمْلِكُ إزَالَتَهُ فإن له أَنْ يُحَلِّلَهَا وَالْحُرْمَةُ بِالرَّضَاعِ أو الصِّهْرِيَّةِ ليس
بِعَيْبٍ فيها لِأَنَّ الْجَوَارِيَ لَا يُشْتَرَيْنَ لِلِاسْتِمْتَاعِ عَادَةً بَلْ لِلِاسْتِخْدَامِ في الْبَيْتِ

وَهَذِهِ الْحُرْمَةُ لَا تَقْدَحُ في ذلك بِخِلَافِ النِّكَاحِ حَيْثُ يَكُونُ عَيْبًا وَإِنْ لم يَثْبُتْ بِهِ إلَّا حُرْمَةُ الِاسْتِمْتَاعِ لِأَنَّهُ يحل ((يخل)) بِالِاسْتِخْدَامِ
وَالثِّيَابَةُ في الْجَارِيَةِ ليس بِعَيْبٍ إلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتَرَاهَا على شَرْطِ الْبَكَارَةِ فَيَرُدَّهَا بَعْدَ الشَّرْطِ وَالدَّيْنُ وَالْجِنَايَةُ لِأَنَّهُ يُدْفَعُ بِالْجِنَايَةِ وَيُبَاعُ بِالدَّيْنِ وَالْجَهْلُ بِالطَّبْخِ وَالْخَبْزِ في الْجَارِيَةِ ليس بِعَيْبٍ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ نُقْصَانَ الثَّمَنِ في عَادَةِ التُّجَّارِ بَلْ هو حِرْفَةٌ بِمَنْزِلَةِ الْخِيَاطَةِ وَنَحْوِهَا فَانْعِدَامُهُ لَا يَكُونُ عَيْبًا إلَّا أَنْ يَكُونَ ذلك مَشْرُوطًا في الْعَقْدِ فَيَرُدَّهَا لِفَوَاتِ الشَّرْطِ لَا لِلْعَيْبِ
وَلَوْ كانت تحس (((تحسن))) الطَّبْخَ والخيز (((والخبز))) في يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ نَسِيَتْ في يَدِهِ فَاشْتَرَاهَا فَوَجَدَهَا لَا تُحْسِنُ ذلك رَدَّهَا وَإِنْ لم يَكُنْ ذلك مَشْرُوطًا في الْعَقْدِ لِأَنَّهَا إذَا كانت تُحْسِنُ ذلك في يَدِ الْبَائِعِ وَهِيَ صِفَةٌ مَرْغُوبَةٌ تشتري لها الْجَارِيَةُ عَادَةً فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إنَّمَا اشْتَرَاهَا رَغْبَةً فيها فَصَارَتْ مَشْرُوطَةً دَلَالَةً فَيَرُدُّهَا لِانْعِدَامِ الْمَشْرُوطِ كما لو شَرَطَ ذلك نَصًّا وَانْعِدَامُ الْخِتَانِ في الْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ إذ كَانَا مَوْلُودَيْنِ كَبِيرَيْنِ فَإِنْ كانت (((كانا))) مَوْلُودَيْنِ صَغِيرَيْنِ فَلَيْسَ بِعَيْبٍ لِأَنَّ الْخِتَانَ في حَالَةِ الْكِبَرِ فيه زِيَادَةُ أَلَمٍ وَهَذَا الذي ذُكِرَ في الْجَارِيَةِ في عُرْفِ بِلَادِهِمْ لِأَنَّهُمْ يَخْتِنُونَ الْجَوَارِيَ فَأَمَّا في عُرْفِ دِيَارِنَا فَالْجَارِيَةُ لَا تُخْتَنُ فَعَدَمُ الْخِتَانِ فيها لَا يَكُونُ عَيْبًا أَصْلًا
وَإِنْ كان الْغُلَامُ كَبِيرًا حَرْبِيًّا لَا يَكُونُ عَيْبًا لِأَن فيه ضَرُورَةٌ لِأَنَّ أَكْثَرَ الرَّقِيقِ يُؤْتَى بِهِ من دَارِ الْحَرْبِ وَأَهْلُ الْحَرْبِ لَا خِتَانَ لهم فَلَوْ جُعِلَ ذلك عَيْبًا يُرَدُّ بِهِ لَضَاقَ الْأَمْرُ على الناس وَلِأَنَّ الْخِتَانَ إذَا لم يَكُنْ من فِعْلِ أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ وَعَادَتِهِمْ وَمَعَ ذلك اشْتَرَاهُ كان ذلك منه دَلَالَةَ الرِّضَا بِالْعَيْبِ وَالْإِبَاقُ وَالسَّرِقَةُ وَالْبَوْلُ في الْفِرَاشِ وَالْجُنُونُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ منها يُوجِبُ النُّقْصَانَ في الثَّمَنِ في عَادَةِ التُّجَّارِ نُقْصَانًا فَاحِشًا فَكَانَ عَيْبًا إلَّا أَنَّهُ هل يُشْتَرَطُ في هذه الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ اتِّحَادُ الْحَالَةِ وَهَلْ يُشْتَرَطُ ثُبُوتُهَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي بِالْحُجَّةِ لِثُبُوتِ حَقِّ الرَّدِّ فَسَنَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَالْحَنَفُ مَصْدَرُ الْأَحْنَفِ من الْخَيْلِ وهو الذي إحْدَى عَيْنَيْهِ زَرْقَاءُ وَالْأُخْرَى كَحْلَاءُ وَالصَّدَفِ مَصْدَرُ الْأَصْدَفِ وهو الدَّابَّةُ التي يَتَدَانَى فَخْذَاهَا وَيَتَبَاعَدُ حَافِرَاهَا وَيَلْتَوِي رُسْغَاهَا
وَالْعَزَلُ مَصْدَرُ الْأَعْزَلِ وهو من الدَّوَابِّ الذي يَقَعُ ذَنَبُهُ من جَانِبٍ عَادَةً لَا خِلْقَةً وَالْمَشَشُ وهو ارْتِفَاعُ الْعَظْمِ لِآفَةٍ أَصَابَتْهُ وَالْجَرَدُ مَصْدَرُ الْأَجْرَدِ وهو من الْإِبِلِ الذي أَصَابَهُ انْقِطَاعُ عَصَبٍ من يَدِهِ أو رِجْلِهِ فَهُوَ يُنْقِصُهَا إذَا سَارَ وَالْحَرَّانُ وَالْحَرُونُ مَصْدَرُ الْحَرُونِ وهو الذي يَقِفُ وَلَا يَنْقَادُ لِلسَّائِقِ وَلَا لِلْقَائِدِ
وَالْجِمَاحُ وَالْجُمُوحُ مَصْدَرُ الْجَمُوحِ وهو أَنْ يَشْتَدَّ الْفَرَسُ فَيَغْلِبُ رَاكِبَهُ وَخَلْعُ الرَّسَنِ ظَاهِرٌ وَبَلُّ الْمِخْلَاةِ كَذَلِكَ وَالْهَشْمُ في الْأَوَانِي وَالصَّدْعُ في الْحَوَائِطِ والجدوع (((والجذوع))) وَنَحْوِهَا من الْعُيُوبِ فَأَنْوَاعُ الْعُيُوبِ فيها كَثِيرَةٌ لَا وَجْهَ لِذِكْرِهَا هَهُنَا كُلِّهَا وَالتَّعْوِيلُ في الْبَابِ على عُرْفِ التُّجَّارِ فما نَقَصَ الثَّمَنَ في عُرْفِهِمْ فَهُوَ عَيْبٌ يُوجِبُ الْخِيَارَ ومالا فَلَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا شَرَائِطُ ثُبُوتِ الْخِيَارِ
فَمِنْهَا ثُبُوتُ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَيْعِ أو بَعْدَهُ قبل التَّسْلِيمِ حتى لو حَدَثَ بَعْدَ ذلك لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِأَنَّ ثُبُوتَهُ لِفَوَاتِ صِفَةِ السَّلَامَةِ الْمَشْرُوطَةِ في الْعَقْدِ دَلَالَةً وقد حُصِّلَتْ السِّلْعَةُ سَلِيمَةً في يَدِ الْمُشْتَرِي
وَمِنْهَا ثُبُوتُهُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ ما قَبَضَ الْمَبِيعَ وَلَا يكتفي بِالثُّبُوتِ عِنْدَ الْبَائِعِ لِثُبُوتِ حَقِّ الرَّدِّ في جَمِيعِ الْعُيُوبِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ وقال بَعْضُهُمْ فِيمَا سِوَى الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ من الأباق وَالسَّرِقَةِ وَالْبَوْلِ في

الْفِرَاشِ وَالْجُنُونِ فَكَذَلِكَ فَأَمَّا في الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ فَثُبُوتُهَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي ليس بِشَرْطٍ بَلْ الثُّبُوتُ عِنْدَ الْبَائِعِ كَافٍ وَبَعْضُهُمْ فَصَّلَ في الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ فقال لَا يُشْتَرَطُ في الْجُنُونِ وَيُشْتَرَطُ في غَيْرِهِ من الْعُيُوبِ الثَّلَاثَةِ
وَجْهُ قَوْلِ من فَصَّلَ هذه الْعُيُوبَ الْأَرْبَعَةَ من سَائِرِهَا في اعْتِبَارِ هذا الشَّرْطِ أَنَّ هذه الْعُيُوبَ عُيُوبٌ لَازِمَةٌ لَا زَوَالَ لها إذَا ثَبَتَتْ في شَخْصٍ إلَى أَنْ يَمُوتَ فَثُبُوتُهَا عِنْدَ الْبَائِعِ يَدُلُّ على بَقَائِهَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَكَانَ له حَقُّ الرَّدِّ من غَيْرِ أَنْ يَظْهَرَ عِنْدَهُ بِخِلَافِ سَائِرِ الْعُيُوبِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ
وَجْهُ قَوْلِ من فَرَّقَ بين الْجُنُونِ وَغَيْرِهِ من الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ إن الْجُنُونَ لِفَسَادٍ في مَحَلِّ الْعَقْدِ وهو الدِّمَاغُ وَهَذَا مِمَّا لَا زَوَالَ له عَادَةً إذَا ثَبَتَ وَلِهَذَا قال مُحَمَّدٌ إنَّ الْجُنُونَ عَيْبٌ لَازِمٌ بِخِلَافِ الْإِبَاقِ وَالْبَوْلِ في الْفِرَاشِ أنها لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ بَلْ تَحْتَمِلُ الزَّوَالَ لِزَوَالِ أَسْبَابِهَا
وَجْهُ قَوْلِ الْعَامَّةِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ نَصًّا في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فإنه ذَكَرَ فيه أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي حَقُّ الرَّدِّ في هذه الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ إلَّا بَعْدَ ثُبُوتِهَا عِنْدَهُ فَكَانَ الْمَعْنَى فيه إن الثَّابِتَ عِنْدَ الْبَائِعِ مُحْتَمِلُ الزَّوَالِ قَابِلُ الِارْتِفَاعِ فَأَمَّا ما سِوَى الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ لَا شَكَّ فيه
وَكَذَلِكَ الْعُيُوبُ الْأَرْبَعَةُ لِأَنَّ حُدُوثَهَا في الذَّاتِ لِلْأَسْبَابِ الْمُوجِبَةِ لِلْحُدُوثِ وَهِيَ مُحْتَمِلَةٌ لِلزَّوَالِ فَكَانَتْ هِيَ مُحْتَمِلَةً لِلزَّوَالِ لِاحْتِمَالِ زَوَالِ أَسْبَابِهَا فَإِنْ بَقِيَتْ يَثْبُتُ حَقُّ الرَّدِّ وَإِنْ ارْتَفَعَتْ لَا يَثْبُتُ فَلَا يَثْبُتُ حَقُّ الرَّدِّ بِالِاحْتِمَالِ فَلَا بُدَّ من ثُبُوتِهَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي لِيُعْلَمَ أنها قَائِمَةٌ
وَقَوْلُ الْقَائِلِ الْجُنُونُ إذَا ثَبَتَ لَا يَزُولُ عَادَةً مَمْنُوعٌ فإن الْمَجْنُونَ قد يُفِيقُ وَيَزُولُ جُنُونُهُ بِحَيْثُ لَا يَعُودُ إلَيْهِ فما لم يُوجَدْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَا يُعْلَمُ بَقَاؤُهُ كما في الْأَنْوَاعِ الْأُخَرِ إلَّا أَنَّ الْفَرْقَ بين الْجُنُونِ وَغَيْرِهِ من الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ من وَجْهٍ آخَرَ وهو أَنَّ هُنَاكَ يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الْحَالَةِ لِثُبُوتِ حَقِّ الرَّدِّ وهو أَنْ يَكُونَ وُجُودُهَا عِنْدَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي في حَالَةِ الصِّغَرِ أو في حَالِ الْكِبَرِ حتى لو أَبَقَ أو سَرَقَ أو بَالَ في الْفِرَاشِ عِنْدَ الْبَائِعِ وهو صَغِيرٌ عَاقِلٌ
ثُمَّ كان ذلك في يَدِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْبُلُوغِ لَا يَثْبُتُ له حَقُّ الرَّدِّ وفي الْجُنُونِ اتِّحَادُ الْحَالَةِ ليس بِشَرْطٍ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْحَالِ في الْعُيُوبِ الثَّلَاثِ يُوجِبُ اخْتِلَافَ السَّبَبِ لِأَنَّ السبب (((سبب))) الْبَوْلِ على الْفِرَاشِ في حَالِ الصِّغَرِ هو ضَعْفٌ في الْمَثَانَةِ وفي الْكِبَرِ هو دَاءٌ في الْبَاطِنِ وَالسَّبَبُ في الْإِبَاقِ وَالسَّرِقَةِ في الصِّغَرِ هو الْجَهْلُ وَقِلَّةُ التَّمْيِيزِ وفي الْكِبَرِ الشَّرَارَةُ وَخُبْثُ الطَّبِيعَةِ وَاخْتِلَافُ السَّبَبِ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْحُكْمِ فَكَانَ الْمَوْجُودُ في يَدِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْبُلُوغِ غير الْمَوْجُودِ في يَدِ الْبَائِعِ فَكَانَ عَيْبًا حَادِثًا وَأَنَّهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ بِخِلَافِ الْجُنُونِ لِأَنَّ سَبَبَهُ في الْحَالَيْنِ وَاحِدٌ لَا يَخْتَلِفُ وهو فَسَادٌ في مَحَلِّ الْعَقْلِ وهو الدِّمَاغُ فَكَانَ الْمَوْجُودُ في حَالَةِ الْكِبَرِ عَيْنَ الْمَوْجُودِ في حَالَةِ الصِّغَرِ وَهَذَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ مَعْنَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ في الْكِتَابِ الْجُنُونُ عَيْبٌ لَازِمٌ أَبَدًا لَا ما قَالَهُ أُولَئِكَ وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ
وَمِنْهَا عَقْلُ الصَّبِيِّ في الْإِبَاقِ وَالسَّرِقَةُ وَالْبَوْلُ على الْفِرَاشِ حتى لو أَبَقَ أو سَرَقَ أو بَالَ على الْفِرَاشِ في يَدِ الْبَائِعِ وهو صَغِيرٌ لَا يَعْقِلُ ثُمَّ كان ذلك في يَدِ الْمُشْتَرِي وهو كَذَلِكَ لَا يَثْبُتُ له حَقُّ الرَّدِّ وَهَذَا إذَا فَعَلَ ذلك في يَدِ الْبَائِعِ وهو صَغِيرٌ لَا يَعْقِلُ ثُمَّ وُجِدَ ذلك في يَدِ الْمُشْتَرِي بعدما عَقَلَ لِأَنَّ الْمَوْجُودَ في

يَدِ الْبَائِعِ ليس بِعَيْبٍ وَلَا بُدَّ من وُجُودِ الْعَيْبِ في يَدِهِ
وَمِنْهَا اتِّحَادُ الْحَالِ في الْعُيُوبِ الثَّلَاثَةِ فَإِنْ اخْتَلَفَ لم يَثْبُتْ حَقُّ الرَّدِّ بِأَنْ أَبَقَ أو سَرَقَ أو بَالَ على الْفِرَاشِ في يَدِ الْبَائِعِ وهو صَغِيرٌ عَاقِلٌ ثُمَّ كان ذلك في يَدِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْبُلُوغِ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْحَالِ دَلِيلُ اخْتِلَافِ سَبَبِ الْعَيْبِ على ما بَيَّنَّا وَاخْتِلَافُ سَبَبِ الْعَيْبِ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْعَيْبِ فَكَانَ الْمَوْجُودُ بَعْدَ الْبُلُوغِ عَيْبًا حَادِثًا عِنْدَ الرَّدِّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا جَهْلُ الْمُشْتَرِي بوجوب (((بوجود))) الْعَيْبِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَالْقَبْضِ فَإِنْ كان عَالِمًا بِهِ عِنْدَ أَحَدِهِمَا فَلَا خِيَارَ له لِأَنَّ الْإِقْدَامَ على الشِّرَاءِ مع الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ رِضًا بِهِ دَلَالَةً وَكَذَا إذَا لم يَعْلَمْ عِنْدَ الْعَقْدِ ثُمَّ عَلِمَ بَعْدَهُ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ تَمَامَ الصَّفْقَةِ مُتَعَلِّقٌ بِالْقَبْضِ فَكَانَ الْعِلْمُ عِنْدَ الْقَبْضِ كَالْعِلْمِ عِنْدَ الْعَقْدِ
وَمِنْهَا عَدَمُ اشْتِرَاطِ الْبَرَاءَةِ عن الْعَيْبِ في الْبَيْعِ عِنْدَنَا حتى لو شَرَطَ فَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ شَرْطَ الْبَرَاءَةِ عن الْعَيْبِ في الْبَيْعِ عِنْدَنَا صَحِيحٌ فإذا أَبْرَأَهُ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ فَصَحَّ الاسقاط فَيَسْقُطُ ضَرُورَةً ثُمَّ الْكَلَامُ في الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ في الْأَصْلِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في جَوَازِهِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ ما يَدْخُلُ تَحْتَ الْبَرَاءَةِ من الْعَيْبِ
أَمَّا الْكَلَامُ في جَوَازِهِ فَقَدْ مَرَّ في مَوْضِعِهِ وَإِنَّمَا الْحَاجَةُ هَهُنَا إلَى بَيَانِ ما يَدْخُلُ تَحْتَ الْبَرَاءَةِ من الْعَيْبِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْبَرَاءَةُ لَا تَخْلُو إمَّا إن كانت عَامَّةً بِأَنْ قال بِعْت على أَنِّي بَرِيءٌ من

الْعُيُوبِ أو قال من كل عَيْبٍ وإما إن كانت خَاصَّةً بِأَنْ قال من عَيْبِ كَذَا وَسَمَّاهُ وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو من ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ إمَّا إن قَيَّدَ الْبَرَاءَةَ بِعَيْبٍ قَائِمٍ حَالَةَ الْعَقْدِ وَإِمَّا إن أَطْلَقَهَا إطْلَاقًا وَإِمَّا إن أَضَافَهَا إلَى عَيْبٍ يَحْدُثُ في الْمُسْتَقْبَلِ فَإِنْ قَيَّدَهَا بِعَيْبٍ قَائِمٍ حَالَةَ الْعَقْدِ لَا يَتَنَاوَلُ الْعَيْبَ الْحَادِثَ بَعْدَ الْبَيْعِ قبل الْقَبْضِ بِلَا خِلَافٍ سَوَاءٌ كانت الْبَرَاءَةُ عَامَّةً بِأَنْ قال أَبْرَأْتُك من كل عَيْبٍ بِهِ أو خَاصَّةً بِأَنْ قال أَبْرَأْتُك مِمَّا بِهِ من عَيْبِ كَذَا لِأَنَّ اللَّفْظَ الْمُقَيَّدَ بِوَصْفٍ لَا يَتَنَاوَلُ غير الْمَوْصُوفِ بِتِلْكَ الصِّفَةِ وَإِنْ أَطْلَقَهَا إطْلَاقًا دخل فيه الْقَائِمُ وَالْحَادِثُ عِنْدَ أبي يُوسُفَ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَدْخُلُ فيه الْحَادِثُ وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وهو قَوْلُ زُفَرَ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْإِبْرَاءَ عن الْعَيْبِ يَقْتَضِي وُجُودَ الْعَيْبِ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ عن الْمَعْدُومِ لَا يُتَصَوَّرُ وَالْحَادِثُ لم يَكُنْ مَوْجُودًا عِنْدَ الْبَيْعِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْإِبْرَاءِ فَلَوْ دخل إنَّمَا يَدْخُلُ بِالْإِضَافَةِ إلَى حَالَةِ الْحُدُوثِ وَالْإِبْرَاءُ لَا يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ لِأَنَّ فيه مَعْنَى التَّمْلِيكِ حتى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ وَلِهَذَا لم يَدْخُلْ الْحَادِثُ عِنْدَ الْإِضَافَةِ إلَيْهِ نَصًّا فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ أَوْلَى
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ لَفْظَ الْإِبْرَاءِ يَتَنَاوَلُ الْحَادِثَ نَصًّا وَدَلَالَةً أَمَّا النَّصُّ فإنه عَمَّ الْبَرَاءَةَ عن الْعُيُوبِ كُلِّهَا أو خَصَّهَا بِجِنْسٍ من الْعُيُوبِ على الاطلاق نَصًّا فَتَخْصِيصُهُ أو تَقْيِيدُهُ بِالْمَوْجُودِ عِنْدَ الْعَقْدِ لَا يَجُوزُ إلَّا بِدَلِيلٍ
وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَهِيَ أَنَّ غَرَضَ الْبَائِعِ من هذا الشَّرْطِ هو انْسِدَادُ طَرِيقِ الرَّدِّ وَلَا يَنْسَدُّ إلَّا بِدُخُولِ الْحَادِثِ فَكَانَ دَاخِلًا فيه دَلَالَةً
وَأَمَّا قَوْلُ مُحَمَّدٍ أن هذا إبْرَاءٌ عَمَّا ليس بِثَابِتٍ فَعِبَارَةُ الْجَوَابِ عن هذا الْحَرْفِ

مِن وَجْهَيْنِ
أَحَدُهُمَا أَنْ يُقَالَ هذا مَمْنُوعٌ بَلْ هو إبْرَاءٌ عن الثَّابِتِ لَكِنْ تَقْدِيرًا وَبَيَانُهُ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْعَيْبَ الْحَادِثَ قبل الْقَبْضِ كَالْمَوْجُودِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَلِهَذَا يَثْبُتُ حَقُّ الرَّدِّ بِهِ كما يَثْبُتُ بِالْمَوْجُودِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْقَبْضَ حُكْمُ الْعَقْدِ فَكَانَ هذا إبْرَاءً عن حَقٍّ ثَابِتٍ تَقْدِيرًا
وَالثَّانِي أَنَّ سَبَبَ حَقِّ الرَّدِّ مَوْجُودٌ وهو الْبَيْعُ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَقْتَضِي تَسْلِيمَ الْمَعْقُودِ عليه سَلِيمًا عن الْعَيْبِ فإذا عَجَزَ عن تَسْلِيمِهِ بِصِفَةِ السَّلَامَةِ يَثْبُتُ له حَقُّ الرَّدِّ لِيُسَلَّمَ له الثَّمَنُ فَكَانَ وُجُودُ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ سَبَبًا لِثُبُوتِ حَقِّ الرَّدِّ وَالْبَيْعُ سَبَبٌ لِوُجُودِ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ فَكَانَ ثُبُوتُ حَقِّ الرَّدِّ بِهَذِهِ الْوَسَائِطِ حُكْمَ الْبَيْعِ السَّابِقِ وَالْبَيْعُ سَبَبٌ فَكَانَ هذا إبْرَاءً عن حَقِّ الرَّدِّ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِهِ وَسَبَبُ الشَّيْءِ إذَا وُجِدَ يُجْعَلُ هو ثُبُوتًا تَقْدِيرًا لِاسْتِحَالَةِ خُلُوِّ الْحُكْمِ عن السَّبَبِ فَكَانَ إبْرَاءً عن الثَّابِتِ تَقْدِيرًا وَلِهَذَا صَحَّ الْإِبْرَاءُ عن الْجِرَاحَةِ لِكَوْنِ الْجُرْحِ سَبَبَ السِّرَايَةِ فَكَانَ إبْرَاءً عَمَّا يَحْدُثُ من الْجُرْحِ تَقْدِيرًا
وَكَذَا الْإِبْرَاءُ عن الْأُجْرَةِ قبل اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ يَصِحُّ وَإِنْ كانت الْأُجْرَةُ لَا تُمَلَّكُ عِنْدَنَا بِنَفْسِ الْعَقْدِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَالثَّانِي أَنَّ هذا إبْرَاءٌ عن حَقٍّ ليس بِثَابِتٍ لَكِنْ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِهِ وهو الْبَيْعُ وَأَنَّهُ صَحِيحٌ كَالْإِبْرَاءِ عن الْجُرْحِ وَالْإِبْرَاءِ عن الْأُجْرَةِ على ما بَيَّنَّا بِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ عن كل حَقٍّ له لِأَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ الْحَادِثَ لِأَنَّ الْحَادِثَ مَعْدُومٌ لِلْحَالِ بِنَفْسِهِ وَبِسَبَبِهِ فَلَوْ انْصَرَفَ إلَيْهِ الْإِبْرَاءُ لَكَانَ ذلك إبْرَاءً عَمَّا ليس بِثَابِتٍ أَصْلًا لَا حَقِيقَةً وَلَا تَقْدِيرًا لِانْعِدَام سَبَبِ الْحَقِّ فلم يَنْصَرِفْ إلَيْهِ
وَقَوْلُهُ لو تَنَاوَلَ الْحَادِثَ لَكَانَ هذا تَعْلِيقَ الْبَرَاءَةِ بِشَرْطٍ أو الْإِضَافَةَ إلَى وَقْتٍ مَمْنُوعٍ بَلْ هذا إبْرَاءٌ عن حَقٍّ ثَابِتٍ وَقْتَ الْإِبْرَاءِ تَقْدِيرًا لِمَا بَيَّنَّا من الْوَجْهَيْنِ فلم يَكُنْ هذا تَعْلِيقًا وَلَا إضَافَةً فَيَصِحُّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَإِنْ أَضَافَهَا إلَى عَيْبٍ حَادِثٍ بِأَنْ قال على أَنِّي بَرِيءٌ من كل عَيْبٍ يَحْدُثُ بَعْدَ الْبَيْعِ فَالْبَيْعُ بهذ (((بهذا))) الشَّرْطِ فَاسِدٌ عِنْدَنَا لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ لَا يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ لِأَنَّهُ وَإِنْ كان إسْقَاطًا فَفِيهِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ وَلِهَذَا لَا يَحْتَمِلُ الِارْتِدَادَ بِالرَّدِّ وَلَا يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ إلَى زَمَانٍ في الْمُسْتَقْبَلِ نَصًّا كما لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ فَكَانَ هذا بَيْعًا أَدْخَلَ فيه شَرْطًا فَاسِدًا فَيُوجِبُ فَسَادَ الْبَيْعِ
وَلَوْ اخْتَلَفَا في عَيْبٍ فقال الْبَائِعُ هو كان مَوْجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ فَدَخَلَ تَحْتَ الْبَرَاءَةِ وقال الْمُشْتَرِي بَلْ هو حَادِثٌ لم يَدْخُلْ تَحْتَ الْبَرَاءَةِ فَإِنْ كانت الْبَرَاءَةُ مُطْلَقَةً فَهَذَا لَا يَتَفَرَّعُ على قَوْلِ أبي يُوسُفَ لِأَنَّ الْعَيْبَ الْحَادِثَ دَاخِلٌ تَحْتَ الْبَرَاءَةِ الْمُطْلَقَةِ عِنْدَهُ فَأَمَّا على قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مع يَمِينِهِ وقال زُفَرُ وَالْحَسَنُ بن زِيَادٍ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ هو المبري (((المبرئ))) لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ تُسْتَفَادُ من قِبَلِهِ فَكَانَ الْقَوْلُ فِيمَا أَبْرَأَ قَوْلَهُ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْبَرَاءَةَ عَامَّةٌ وَالْمُشْتَرِي يَدَّعِي حَقَّ الرَّدِّ بعد (((بعموم))) عموم الْبَرَاءَةِ عن حَقِّ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ كما لو أَبْرَأَهُ عن الدعاوي كُلِّهَا ثُمَّ ادَّعَى شيئا مِمَّا في يَدِهِ وهو يُنْكِرُ كان الْقَوْلُ قَوْلَهُ دُونَ الْمُشْتَرِي لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَلَوْ كانت مُقَيَّدَةً بِعَيْبٍ يَكُونُ

عِنْدَ الْعَقْدِ فَاخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ الْمُقَيَّدَةَ بِحَالِ الْعَقْدِ لَا تَتَنَاوَلُ إلَّا الْمَوْجُودَ حَالَةَ الْعَقْدِ وَالْمُشْتَرِي يَدَّعِي الْعَيْبَ لِأَقْرَبِ الْوَقْتَيْنِ وَالْبَائِعُ يَدَّعِيهِ لِأَبْعَدِهِمَا فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْمُشْتَرِي وَهَذَا لِأَنَّ عَدَمَ الْعَيْبِ أَصْلٌ وَالْوُجُودُ عَارِضٌ فَكَانَ إحَالَةُ الْمَوْجُودِ إلَى أَقْرَبِ الْوَقْتَيْنِ أَقْرَبُ إلَى الْأَصْلِ وَالْمُشْتَرِي يَدَّعِي ذلك فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ

وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا وَقَبَضَهُ فَسَاوَمَهُ رَجُلٌ فقال الْمُشْتَرِي اشتراه (((اشتره))) فإنه لَا عَيْبَ بِهِ ثُمَّ لم يَتَّفِقْ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا ثُمَّ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِهِ عَيْبًا وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّ هذا الْعَيْبَ كان عِنْدَ الْبَائِعِ فقال له الْبَائِعُ إنَّك أَقْرَرْتَ أَنَّهُ لَا عَيْبَ بِهِ فَقَدْ أَكْذَبْتَ شُهُودَكَ لَا يَبْطُلُ بهذا الْكَلَامِ حَقُّهُ في الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ لِأَنَّ مِثْلَ هذا الْكَلَامِ في الْمُتَعَارَفِ لَا يُرَادُ بِهِ حَقِيقَةً وَإِنَّمَا يُذْكَرُ لِتَرْوِيجِ السِّلْعَةِ وَلِأَنَّ ظَاهِرَهُ كَذِبٌ لِأَنَّهُ نفي عنه الْعُيُوبَ كُلَّهَا وَالْآدَمِيُّ لَا يَخْلُو عن عَيْبٍ فَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ وَصَارَ كَأَنَّهُ لم يَتَكَلَّمْ بِهِ
وَلَوْ عَيَّنَ نَوْعًا من الْعُيُوبِ بِأَنْ قال اشْتَرِهِ فإنه ليسي (((ليس))) بِهِ عَيْبُ كَذَا ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا وَأَرَادَ الرَّدَّ فَإِنْ كان ذلك نَوْعًا آخَرَ سِوَى النَّوْعِ الذي عَيَّنَهُ له أَنْ يَرُدَّهُ لِأَنَّهُ لَا إقْرَارَ منه بهذا النَّوْعِ وَإِنْ كان من النَّوْعِ الذي عَيَّنَ يُنْظَرُ إنْ كان مِمَّا يَحْدُثُ مِثْلُهُ في مِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ ليس له حَقُّ الرَّدِّ لِأَنَّ مِثْلَ هذا الْكَلَامِ يُرَادُ بِهِ التَّحْقِيقُ في الْمُتَعَارَفِ لَا تَرْوِيجُ السِّلْعَةِ فَصَارَ مُنَاقِضًا وَلِأَنَّ الْآدَمِيَّ يَخْلُو عن عَيْبٍ مُعِينٍ فلم يَتَعَيَّنْ بِكَذِبِهِ
وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ في مِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ له حَقُّ الرَّدِّ لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِكَذِبِهِ حَقِيقَةً فَالْتَحَقَ كَلَامُهُ بِالْعَدَمِ
وَلَوْ أَبْرَأَهُ عن عَيْبٍ وَاحِدٍ شَجَّةٍ أو جُرْحٍ فَوَجَدَ شجين (((شجتين))) أو جُرْحَيْنِ فَعَلَى قَوْلِ أبي يُوسُفَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ يَبْرَأُ من أَيِّهِمَا شَاءَ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي يَرُدُّ أَيَّهمَا شَاءَ
وَفَائِدَةُ هذا الِاخْتِلَافِ إنَّمَا تَظْهَرُ عِنْدَ امْتِنَاعِ الرَّدِّ بِاعْتِرَاضِ أَسْبَابِ الِامْتِنَاعِ من هَلَاكِ الْمَبِيعِ أو حُدُوثِ عَيْبٍ آخَرَ في يدي (((يد))) الْمُشْتَرِي أو غَيْرِ ذلك من الْأَسْبَابِ الْمَانِعَةِ من الرَّدِّ وَأَرَادَ الرُّجُوعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ فَأَمَّا عِنْدَ إمْكَانِ الرَّدِّ فَلَا تَظْهَرُ فَائِدَةٌ في هذا الِاخْتِلَافِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْإِبْرَاءَ يُسْتَفَادُ من قِبَلِ الْمُشْتَرِي وَالِاحْتِمَالُ جاء من قِبَلِهِ حَيْثُ أَطْلَقَ الْبَرَاءَةَ إلَى شَجَّةٍ وَاحِدَةٍ غَيْرِ عَيْنٍ وإذا كان الْإِجْمَالُ منه كان الْبَيَانُ إلَيْهِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْإِبْرَاءَ وَإِنْ كان من الْمُشْتَرِي لَكِنَّ مَنْفَعَةَ الْإِبْرَاءِ عَائِدَةٌ إلَى الْبَائِعِ فَصَارَ كَأَنَّ الْمُشْتَرِيَ فَوَّضَ التَّعْيِينَ إلَيْهِ فَكَانَ الْخِيَارُ له
وَلَوْ أَبْرَأَهُ من كل دَاءٍ رَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَقَعُ عن الْبَاطِنِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يُسَمَّى مَرَضًا لَا دَاءً
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقَعُ عن الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ جميعا لِأَنَّ الْكُلَّ دَاءٌ وَلَوْ أَبْرَأَهُ من كل غَائِلَةٍ فَهِيَ على السَّرِقَةِ وَالْإِبَاقِ وَالْفُجُورِ وَكُلِّ ما كان من فِعْلِ الْإِنْسَانِ مِمَّا يَعُدُّهُ التُّجَّارُ عَيْبًا
كَذَا رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ لِأَنَّ الْغَائِلَةَ هِيَ الْجِنَايَةُ وَهِيَ التي تُكْتَبُ في عُهْدَةِ الْمَمَالِيكِ لَا دَاءَ وَلَا غَائِلَةَ على ما كُتِبَ لِرَسُولِ اللَّهِ حِينَمَا اشْتَرَى عَبْدًا أو أَمَةً وَهَذَا ما اشْتَرَى مُحَمَّدٌ رسول اللَّهِ من القد (((العداء))) بن خَالِدِ بن هَوْذَةَ عَبْدًا أو أَمَةً لَا دَاءَ بِهِ وَلَا غَائِلَةَ بَيْعَ الْمُسْلِمِ من الْمُسْلِمِ وَاَللَّهُ عز وجل

أَعْلَمُ
وَأَمَّا طَرِيقُ أثبات الْعَيْبِ فَلَا يُمْكِنُ الْوُصُولُ إلَى مَعْرِفَةِ أَقْسَامِ الْعُيُوبِ لِأَنَّ طَرِيقَ إثْبَاتِ الْعَيْبِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْعَيْبِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْعَيْبُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا شَاهِدًا يَقِفُ عليه كُلُّ أَحَدٍ كالأصبع الزَّائِدَةِ وَالنَّاقِصَةِ وَالسِّنِّ الشَّاغِيَةِ وَالسَّاقِطَةِ وَبَيَاضِ الْعَيْنِ وَالْعَوَرِ وَالْقُرُوحِ وَالشِّجَاجِ وَنَحْوِهَا
وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَاطِنًا خَفِيًّا لَا يَقِفُ عليه إلَّا الْخَوَاصُّ من الناس وَهُمْ الْأَطِبَّاءُ وَالْبَيَاطِرَةُ
وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يَقِفُ عليه إلَّا النِّسَاءُ بِأَنْ كان على فَرْجِ الْجَارِيَةِ أو مَوَاضِعِ الْعَوْرَةِ منها
وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يَقِفُ عليه النِّسَاءُ بِأَنْ كان دَاخِلَ الْفَرْجِ
وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يَقِفُ عليه إلَّا الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرَاةُ كَارْتِفَاعِ الْحَيْضِ وَالِاسْتِحَاضَةِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يُوقَفُ عليه إلَّا بِالتَّجْرِبَةِ وَالِامْتِحَانِ عِنْدَ الْخُصُومَةِ كَالْإِبَاقِ وَالسَّرِقَةِ وَالْبَوْلِ على الْفِرَاشِ وَالْجُنُونِ وَالْمُشْتَرِي لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يُرِيدَ إثْبَاتَ كَوْنِ الْعَيْبِ في يَدِهِ لِلْحَالِ وَإِمَّا أَنْ يُرِيدَ إثْبَاتَ كَوْنِهِ في يَدِ الْبَائِعِ عِنْدَ الْبَيْعِ وَالْقَبْضِ
فَإِنْ أَرَادَ إثْبَاتَ كَوْنِهِ لِلْحَالِ فَإِنْ كان يُوقَفُ عليه بِالْحِسِّ وَالْعِيَانِ فإنه يَثْبُتُ بِنَظَرِ الْقَاضِي أو أَمِينِهِ
لِأَنَّ الْعَيَّانَ لَا يَحْتَاجُ إلَى الْبَيَانِ وَإِنْ كان لَا يَقِفُ عليه إلَّا الْأَطِبَّاءُ وَالْبَيَاطِرَةُ فَيَثْبُتُ لِقَوْلِهِ عز وجل { فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ } وَهُمْ في هذا الْبَابِ من أَهْلِ الذِّكْرِ فيسئلون (((فيسألون)))
وَهَلْ يُشْتَرَطُ فيه الْعَدَدُ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ في مُخْتَصَرِهِ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فَلَا يَثْبُتُ إلَّا بِقَوْلِ اثْنَيْنِ منهم من أَهْلِ

الشَّهَادَةِ وَهَكَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي الْإِسْبِيجَابِيُّ في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ
وَذَكَرَ شَيْخِي الْإِمَامُ الزَّاهِدُ عَلَاءُ الدِّينِ مُحَمَّدُ بن أَحْمَدَ السَّمَرْقَنْدِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في بَعْضِ مُصَنَّفَاتِهِ أَنَّهُ ليس بِشَرْطٍ وَيَثْبُتُ بِقَوْلِ مُسْلِمٍ عَدْلٍ منهم وَكَذَا ذَكَرَ الشَّيْخُ الْإِمَامُ الزَّاهِدُ أبو الْمَعِينِ في الْجَامِعِ الْكَبِيرِ من تَصَانِيفِهِ
وَجْهُ هذا الْقَوْلِ إن هذه الشَّهَادَةَ لَا يَتَّصِلُ بها الْقَضَاءُ وَإِنَّمَا تَصِحُّ بها الْخُصُومَةُ فَقَطْ فَلَا يُشْتَرَطُ فيها الْعَدَدُ وَهَذَا لِأَنَّ شَرْطَ الْعَدَدِ في الشَّهَادَةِ تثبت (((ثبت))) تَعَبُّدًا غَيْرُ مَعْقُولِ الْمَعْنَى لِأَنَّ رُجْحَانَ جَانِبِ الصِّدْقِ على جَانِبِ الْكَذِبِ في خَبَرِ الْمُسْلِمِ لَا يَقِفُ على عَدَدٍ بَلْ يَثْبُتُ بِنَفْسِ الْعَدَالَةِ إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِهِ تَعَبُّدًا فَيُرَاعَى فيه مَوْرِدُ التَّعَبُّدِ وهو شَهَادَةٌ يَتَّصِلُ بها الْقَضَاءُ وَهَذِهِ شَهَادَةٌ لَا يَتَّصِلُ بها الْقَضَاءُ فَبَقِيَتْ على أَصْلِ الْقِيَاسِ
وَجُحَّةُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ النُّصُوصُ الْمُقْتَضِيَةُ لِاعْتِبَارِ الْعَدَدِ في عُمُومِ الشَّهَادَةِ وَالْمَعْقُولُ الذي ذَكَرْنَاهُ في كِتَابِ الشَّهَادَاتِ وَلِأَنَّ هذه الشَّهَادَةَ وَإِنْ كان لَا يَتَّصِلُ بها الْقَضَاءُ لَكِنَّهَا من ضَرُورَاتِ الْقَضَاءِ لَا وُجُودَ لِلْقَضَاءِ بِدُونِهَا أَلَا تَرَى أَنَّهُ ما لم يَثْبُتْ الْعَيْبُ عِنْدَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فَالْقَاضِي لَا يَقْضِي بِالرَّدِّ فَكَانَ من ضَرُورَاتِ الْقَضَاءِ فَيُشْتَرَطُ فيها الْعَدَدُ كما يُشْتَرَطُ في الشَّهَادَةِ على إثْبَاتِ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَائِعِ

وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَطَّلِعُ عليه إلَّا النِّسَاءُ فَالْقَاضِي يُرِيهُنَّ ذلك لِقَوْلِهِ عز وجل { فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ } وَالنِّسَاءُ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عليه الرِّجَالُ أَهْلُ الذِّكْرِ وَلَا يُشْتَرَطُ الْعَدَدُ مِنْهُنَّ بَلْ يكتفي بِقَوْلِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ عَدْلٍ وَالثِّنْتَانِ أَحْوَطُ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا لَا يَطَّلِعُ عليه الرِّجَالُ حُجَّةٌ في الشَّرْعِ كَشَهَادَةِ الْقَابِلَةِ في النَّسَبِ لَكِنْ لَا بُدَّ من الْعَدَالَةِ لِأَنَّ هذا يُرَجِّحُ جَانِبَ الصِّدْقِ على جَانِبِ الْكَذِبِ في الْخَبَرِ وَلَا يَثْبُتُ بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كان يَطَّلِعُ عليه لِأَنَّ النَّظَرَ إلَى مَوْضِعِ الْعَيْبِ له لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ في هذا الْبَابِ وَلَا تُهْمَةَ فِيهِنَّ وَرُخْصَةُ النَّظَرِ ثَابِتَةٌ لَهُنَّ حَالَةَ الضَّرُورَةِ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الِاسْتِحْسَانِ فَيُلْحَقُ هذا بِمَا لَا يَطَّلِعُ عليه النِّسَاءُ لِمَا قُلْنَا

وَإِنْ كان لَا يَطَّلِعُ عليه إلَّا الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرَاةُ فَلَا يَثْبُتُ بِقَوْلِهَا لِكَوْنِهَا مُتَّهَمَةً وَإِنْ كان في دَاخِلِ فَرْجِهَا فَلَا طَرِيقَ لِلْوُقُوفِ عليه أَصْلًا فَكَانَ الطَّرِيقُ في هَذَيْنِ النَّوْعَيْنِ هو اسْتِحْلَافُ الْبَائِعِ بِاَللَّهِ عز وجل ليس بِهِ لِلْحَالِ هذا الْعَيْبُ

وَأَمَّا الْإِبَاقُ وَالسَّرِقَةُ وَالْبَوْلُ في الْفِرَاشِ وَالْجُنُونُ فَلَا يَثْبُتُ إلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أو رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ لِأَنَّ هذا مِمَّا لَا يُوقَفُ عليه إلَّا بِالْخَبَرِ وَلَا ضَرُورَةَ فيه فَلَا بُدَّ من اعْتِبَارِ الْعَدَدِ فيه كما في سَائِرِ الشَّهَادَاتِ فَإِنْ لم يُقِمْ لِلْمُشْتَرِي حُجَّةً على إثْبَاتِ الْعَيْبِ لِلْحَالِ في هذه الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ هل يُسْتَحْلَفُ الْبَائِعُ لم يذكر في الْأَصْلِ

وَذَكَرَ في الْجَامِعِ أَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَسَكَتَ عن قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عن الْمَشَايِخِ من قال يُسْتَحْلَفُ بِلَا خِلَافٍ بَيْنَهُمْ وَالتَّنْصِيصُ على قَوْلِهِمَا لَا يَدُلُّ على أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ مُخَالِفُهُمَا

وَمِنْهُمْ من قال الْمَسْأَلَةُ على الِاخْتِلَافِ ذُكِرَتْ في النَّوَادِرِ وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَيْضًا أَنَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا يُسْتَحْلَفُ وَعِنْدَهُمَا يُسْتَحْلَفُ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ يَدَّعِي حَقَّ الرَّدِّ وَلَا يُمْكِنُهُ الرَّدُّ إلَّا بِإِثْبَاتِ الْعَيْبِ عِنْدَ نَفْسِهِ وَطَرِيقُ الْإِثْبَاتِ الْبَيِّنَةُ أو نُكُولُ الْبَائِعِ فإذا لم تَقُمْ له بَيِّنَةٌ يُسْتَحْلَفُ لِيَنْكُلَ الْبَائِعُ فَيَثْبُتُ العيب (((العيب))) عِنْدَ نَفْسِهِ وَلِهَذَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ على إثْبَاتِ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَائِعِ كَذَا هذا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الِاسْتِحْلَافَ يَكُونُ عَقِيبَ الدَّعْوَى على الْبَائِعِ وَلَا دَعْوَى له على الْبَائِعِ إلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ الْعَيْبِ عِنْدَ نَفْسِهِ ولم يَثْبُتْ فلم تَثْبُتْ دَعْوَاهُ على الْبَائِعِ فَلَا يُسْتَحْلَفُ

وَقَوْلُهُمَا له طَرِيقُ الْإِثْبَاتِ وهو النُّكُولُ قُلْنَا النُّكُولُ بَعْدَ الِاسْتِحْلَافِ وَانْعِدَامُ الدَّعْوَى يَمْنَعُ الِاسْتِحْلَافَ لِأَنَّ اسْتِحْلَافَ الْبَائِعِ في هذه الْعُيُوبِ على الْعِلْمِ لَا على البنات (((البتات))) بالله (((وبالله))) ما يَعْلَمُ إن هذا الْعَبْدَ أَبَقَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَلَا سَرَقَ وَلَا بَالَ على الْفِرَاشِ وَلَا جُنَّ وَلَا يَحْلِفُ على الْبَتَاتِ لِأَنَّهُ حَلَفَ على غَيْرِ فِعْلِهِ

وَمَنْ حَلَفَ على غَيْرِ فِعْلِهِ يَحْلِفُ على الْعِلْمِ لِأَنَّهُ لَا عِلْمَ له بِمَا ليس بِفِعْلِهِ وَمَنْ حَلَفَ على فِعْلِ نَفْسِهِ يَحْلِفُ على الْبَتَاتِ أَصْلُهُ خَبَرُ الْمَثْنَوِيِّ فَإِنْ حَلَفَ لم يَثْبُتْ الْعَيْبُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَإِنْ نَكَلَ يَثْبُتُ عِنْدَهُ فَيُحْتَاجُ إلَى الْإِثْبَاتِ عِنْدَهُ وإذا أَرَادَ إثْبَاتَ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَائِعِ فَيُنْظَرُ إنْ كان الْعَيْبُ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْحُدُوثَ أَصْلًا كالأصبع الزَّائِدَةِ وَنَحْوِهَا أو لَا يَحْتَمِلُ حُدُوثَ مِثْلِهِ في مِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ كَالسِّنِّ الشَّاغِيَةِ وَنَحْوِهَا ثَبَتَ كَوْنُهُ عِنْدَ الْبَائِعِ بِثُبُوتِ كَوْنِهِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ إذَا لم يَحْتَمِلْ الْحُدُوثَ أو لا يَحْتَمِلُ حُدُوثَ مِثْلِهِ في مِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ فَقَدْ تَيَقَّنَّا بِكَوْنِهِ عِنْدَ الْبَائِعِ وَإِنْ كان مِمَّا يُحْتَمَلُ حُدُوثُ مِثْلِهِ في مِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ لَا يكتفي بِثُبُوتِ كَوْنِهِ عِنْدَ

الْمُشْتَرِي بَلْ يَحْتَاجُ الْمُشْتَرِي إلَى إثْبَاتِ كَوْنِهِ عِنْدَ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ إذَا احْتُمِلَ حُدُوثُ مثله في مِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ احْتُمِلَ أَنَّهُ لم يَكُنْ عِنْدَ الْبَائِعِ وَحَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَلَا يَثْبُتُ حَقُّ الرَّدِّ بِالِاحْتِمَالِ فَلَا بُدَّ من إثْبَاتِهِ عِنْدَ الْبَائِعِ بِالْبَيِّنَةِ وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أو رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ طَبِيبَتَيْنِ كَانَا أو غيرِ طَبِيبَتَيْنِ وَإِنَّمَا شُرِطَ الْعَدَدُ في هذه الشَّهَادَةِ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ يقضي بها على الْخَصْمِ فَكَانَ الْعَدَدُ فيها شَرْطًا كَسَائِرِ الشَّهَادَاتِ التي يقض (((يقضى))) بها على الْخُصُومِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أن فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عليه إلَّا النِّسَاءُ يُرَدُّ بِثُبُوتِهِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَلَا يُحْتَاجُ إلَى الْإِثْبَاتِ عِنْدَ الْبَائِعِ وَالْمَشْهُورُ من مَذْهَبِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ لَا يكتفي بِالثُّبُوتِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي بَلْ لَا بُدَّ من إثْبَاتِهِ عِنْدَ الْبَائِعِ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ قَوْلَ النِّسَاءِ في هذا الْبَابِ حُجَّةٌ ضَرُورَةً وَالضَّرُورَةُ في الْقَبُولِ في حَقِّ ثُبُوتِهِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لِتَوَجُّهِ الْخُصُومَةِ وَلَيْسَ من ضَرُورَةِ ثُبُوتِهِ عِنْدَ الْبَائِعِ لِاحْتِمَالِ الْحُدُوثِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُمَا في حَقِّ تَوَجُّهِ الْخُصُومَةِ لِأَنَّ حَقَّ الرَّدِّ على الْبَائِعِ وإذا كان الثُّبُوتُ عِنْدَ الْبَائِعِ فِيمَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ شَرْطًا لِثُبُوتِ حَقِّ الرَّدِّ فيقول الْقَاضِي هل كان هذا الْعَيْبُ عِنْدَكَ فَإِنْ قال نعم رُدَّ عليه إلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الرِّضَا أو الْإِبْرَاءَ وَإِنْ قال لَا كان الْقَوْلُ قَوْلَهُ إلَّا أَنْ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ يَدَّعِي عليه حَقَّ الرَّدِّ وهو يُنْكِرُ فَإِنْ أَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ على ذلك رَدَّهُ على الْبَائِعِ إلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْبَائِعُ الدَّفْعَ أو الْإِبْرَاءَ وَيُقِيمَ الْبَيِّنَةَ على ذلك فَتَنْدَفِعُ دَعْوَى الْمُشْتَرِي وَإِنْ لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ فَطَلَبَ يَمِينَ الْمُشْتَرِي حَلَّفَهُ الْقَاضِي بِاَللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى ما رضي بهذا الْعَيْبِ وَإِلَّا أَبْرَأَهُ عنه وَلَا عَرَضَهُ على الْبَيْعِ مُنْذُ رَآهُ وَإِنْ لم يَدَّعِ الدَّفْعَ بِالرِّضَا وَالْإِبْرَاءَ فإن الْقَاضِيَ يَقْضِي بِفَسْخِ الْعَقْدِ وَلَا يَسْتَحْلِفُ الْمُشْتَرِيَ على الرِّضَا وَالْإِبْرَاءِ وَالْعَرْضِ على الْبَيْعِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَفْسَخُ ما لم يَسْتَحْلِفْهُ بِاَللَّهِ تَعَالَى ما رضي بهذا الْعَيْبِ وَلَا أَبْرَأَهُ عنه وَلَا عَرَضَهُ على الْبَيْعِ بعدما عَلِمَ بِهِ من الْعَيْبِ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْقَاضِيَ لو قَضَى بِالْفَسْخِ قبل الِاسْتِحْلَافِ فَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يَدَّعِيَ الْبَائِعُ على الْمُشْتَرِي بِالدَّفْعِ بِدَعْوَى الرِّضَا وَالْإِبْرَاءِ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِالْفَسْخِ وَيُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عليه فَيُفْسَخُ قَضَاؤُهُ فَكَانَ الِاسْتِحْلَافُ قبل الْفَسْخِ فيه صِيَانَةٌ لِلْقَضَاءِ عن النَّقْضِ وَأَنَّهُ وَاجِبٌ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْبَائِعَ إذَا لم يَطْلُبْ يَمِينَ الْمُشْتَرِي فتحلييف (((فتحليف))) الْقَاضِي من غَيْرِ طَلَبِ الْخَصْمِ إنْشَاءُ الْخُصُومَةِ وَالْقَاضِي نُصِّبَ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ لَا لِإِنْشَائِهَا

وَقَوْلُ أبي يُوسُفَ أَنَّ في هذا صِيَانَةَ قَضَاءِ الْقَاضِي عن الْفَسْخِ فَنَقُولُ الصِّيَانَةُ حَاصِلَةٌ بِدُونِهِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْبَائِعَ لم يَعْلَمْ بِوُجُودِ الرِّضَا من الْمُشْتَرِي إذْ لو عَلِمَ لَادَّعَى الدَّفْعَ بِدَعْوَى وَلَمَّا سَكَتَ عن دَعْوَى الدَّفْعِ عِنْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ دَلَّ أَنَّهُ لم يَظْهَرْ له الرِّضَا من الْمُشْتَرِي فَلَا يَدَّعِي الدَّفْعَ بَعْدَ ذلك

وَإِنْ لم يُقِمْ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً على إثْبَاتِ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَائِعِ وَطَلَبَ الْمُشْتَرِي يَمِينَهُ فَفِيمَا سِوَى الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ يُسْتَحْلَفُ على الْبَتَاتِ بِاَللَّهِ تَعَالَى لقد بِعْتُهُ وَسَلَّمْتُهُ وما بِهِ هذا الْعَيْبُ وَإِنَّمَا يُجْمَعُ بين الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ في الِاسْتِحْلَافِ لِأَنَّ الِاقْتِصَارَ على الْبَيْعِ يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الْمُشْتَرِي في بَعْضِ الْأَحْوَالِ لِجَوَازِ أَنْ يَحْدُثَ الْعَيْبُ بَعْدَ الْبَيْعِ قبل التَّسْلِيمِ فَيَبْطُلُ حَقُّهُ فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ هو الْجَمْعُ

بَيْنَهُمَا وَمِنْهُمْ من قال لَا احْتِيَاطَ في هذا لِأَنَّهُ لو اُسْتُحْلِفَ على هذا الْوَجْهِ فَمِنْ الْجَائِزِ حُدُوثُ الْعَيْبِ بَعْدَ الْبَيْعِ قبل التَّسْلِيمِ فَيَكُونُ الْبَائِعُ صَادِقًا في يَمِينِهِ لِأَنَّ شَرْطَ حِنْثِهِ وُجُودُ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ جميعا فَلَا يَحْنَثُ بِوُجُودِهِ في أَحَدِهِمَا فَيَبْطُلُ حَقُّ الْمُشْتَرِي فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ في هذا الِاسْتِحْلَافِ على حَاصِلِ الدَّعْوَى بِاَللَّهِ عز وجل ما له حَقُّ الرَّدِّ بهذا الْعَيْبِ الذي ذَكَرَهُ

وَمِنْهُمْ من قال يُسْتَحْلَفُ بِاَللَّهِ تَعَالَى لقد سَلَّمْتُهُ وما بِهِ هذا الْعَيْبُ الذي يَدَّعِي وهو صَحِيحٌ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فيه الْمَوْجُودُ عِنْدَ الْبَيْعِ وَالْحَادِثُ قبل التَّسْلِيمِ وَإِنَّمَا لم يُسْتَحْلَفْ على الْبَتَاتِ لِأَنَّهُ اُسْتُحْلِفَ على فِعْلِ نَفْسِهِ وهو الْبَيْعُ وَالتَّسْلِيمُ بِصِفَةِ السَّلَامَةِ

ثُمَّ إذَا حَلَفَ فَإِنْ حَلَفَ برىء وَلَا يُرَدُّ عليه وَإِنْ نَكَلَ يُرَدُّ عليه وَيُفْسَخُ الْعَقْدُ إلَّا إذَا ادَّعَى الْبَائِعُ على الْمُشْتَرِي الرِّضَا بِالْعَيْبِ أو الْإِبْرَاءَ عنه أو الْعَرْضَ على الْبَيْعِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ وَيُقِيمُ الْبَيِّنَةَ فَيَبْرَأُ وَلَا يُرَدُّ عليه وَإِنْ لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ وَطَلَبَ تَحْلِيفَ الْمُشْتَرِي يَحْلِفُ عليه وَإِنْ لم يَطْلُبْ يُفْسَخُ الْعَقْدُ وَلَا يُحَلِّفُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ على ما تَقَدَّمَ

وَأَمَّا في الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ فَفِي الثَّلَاثَةِ منها وَهِيَ الْإِبَاقُ وَالسَّرِقَةُ وَالْبَوْلُ في الْفِرَاشِ يُسْتَحْلَفُ بِاَللَّهِ تَعَالَى ما أَبِقَ عِنْدَكَ مُنْذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ وفي الْجُنُونِ بِاَللَّهِ عز وجل ما جُنَّ عِنْدَك قَطُّ وَإِنَّمَا اخْتَلَفَتْ هذه الْعُيُوبُ في كَيْفِيَّةِ

الِاسْتِحْلَافِ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ اتِّحَادَ الْحَالَةِ في الْعُيُوبِ الثَّلَاثَةِ شَرْطُ ثُبُوتِ حَقِّ الرَّدِّ وَلَيْسَ بِشَرْطٍ في الْجُنُونِ بَلْ هو عَيْبٌ لَازِمٌ أَبَدًا

وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الرَّدِّ وَالْفَسْخِ بِالْعَيْبِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ فَالْمَبِيعُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْبَائِعِ أو في يَدِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كان في يَدِ الْبَائِعِ يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي رَدَدْتُ وَلَا يَحْتَاجُ إلَى قَضَاءِ الْقَاضِي وَلَا إلَى التَّرَاضِي بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كان في يَدِ الْمُشْتَرِي لَا يَنْفَسِخُ إلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي أو بِالتَّرَاضِي عِنْدَنَا

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَنْفَسِخُ بِقَوْلِهِ رَدَدْتُ من غَيْرِ الْحَاجَةِ إلَى الْقَضَاءِ وَلَا إلَى رِضَا الْبَائِعِ

وَأَجْمَعُوا على أَنَّ الرَّدَّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ يَصِحُّ من غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضَاءٍ

وَكَذَلِكَ الرَّدُّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ مُتَّصِلًا بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا

وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ هذا نَوْعُ فَسْخٍ فَلَا تَفْتَقِرُ صِحَّتُهُ إلَى الْقَضَاءِ وَلَا إلَى الرِّضَا كَالْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ بِالْإِجْمَاعِ وَبِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ على أَصْلِكُمْ وَلِهَذَا لم يُفْتَقَرْ إلَيْهِ قبل الْقَبْضِ وَكَذَا بَعْدَهُ

وَلَنَا أَنَّ الصَّفْقَةَ تَمَّتْ بِالْقَبْضِ وَأَحَدُ الْعَاقِدَيْنِ لَا يَنْفَرِدُ بِفَسْخِ الصَّفْقَةِ بَعْدَ تَمَامِهَا كَالْإِقَالَةِ وَهَذَا لِأَنَّ الْفَسْخَ يَكُونُ على حَسَبِ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ يَرْفَعُ الْعَقْدَ ثُمَّ الْعَقْدُ لَا يَنْعَقِدُ بِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ فَلَا يَنْفَسِخُ بِأَحَدِهِمَا من غَيْرِ رِضَا الْآخَرِ من (((ومن))) وغير قَضَاءِ الْقَاضِي بِخِلَافِ ما قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ قبل الْقَبْضِ لَيْسَتْ بِتَامَّةٍ بَلْ تَمَامُهَا بِالْقَبْضِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ كَأَنَّهُ لم يَسْتَرِدَّ بِخِلَافِ الرَّدِّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ غَيْرُ مُنْعَقِدَةٍ في حَقِّ الْحُكْمِ مع بَقَاءِ الْخِيَارِ فَكَانَ الرَّدُّ في مَعْنَى الدَّفْعِ وَالِامْتِنَاعِ من الْقَبُولِ وَبِخِلَافِ الرَّدِّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّ عَدَمَ الرُّؤْيَةِ مَنْعُ تَمَامِ الصَّفْقَةِ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ خَلَلًا في الرِّضَا فَكَانَ الرَّدُّ

كَالدَّفْعِ أَمَّا هَهُنَا إذْ الصَّفْقَةُ قد تَمَّتْ بِالْقَبْضِ فَلَا تَحْتَمِلُ الِانْفِسَاخَ بِنَفْسِ الرَّدِّ من غَيْرِ قَرِينَةِ الْقَضَاءِ أو الرِّضَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وأما بَيَانُ من تَلْزَمُهُ الْخُصُومَةُ في الْعَيْبِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْخُصُومَةُ في الْبَيْعِ تَلْزَمُ الْبَائِعَ سَوَاءً كان حُكْمُ الْعَقْدِ له أو لِغَيْرِهِ بَعْدَ أَنْ كان من أَهْلِ أَنْ تَلْزَمَهُ الْخُصُومَةُ إلَّا الْقَاضِيَ أو أَمِينَهُ كَالْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكِ وَالْمُكَاتَبِ وَالْمَأْذُونِ وَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ في الْعَيْبِ من حُقُوقِ الْعَقْدِ وَحُقُوقُ الْعَقْدِ في هذا الْبَابِ رَاجِعَةٌ إلَى الْعَاقِدِ إذَا كان أَهْلًا فَإِنْ لم يَكُنْ بِأَنْ كان صَبِيًّا أو مَحْجُورًا أو عَبْدًا مَحْجُورًا فَالْخُصُومَةُ لَا تَلْزَمُهُ وَإِنَّمَا تَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْوَكَالَةِ
وَأَمَّا الْقَاضِي أو أَمِينُهُ فَالْخُصُومَةُ لَا تَلْزَمُهُ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لِلْقَاضِي إنَّمَا ثَبَتَتْ شَرْعًا نَظَرًا لِمَنْ وَقَعَ له الْعَقْدُ فَلَوْ لَزِمَهُ الْعُهْدَةُ لَامْتَنَعَ عن النَّظَرِ خَوْفًا من لُزُومِ الْعُهْدَةِ فَكَانَ الْقَاضِي في هذا الْبَابِ بِمَنْزِلَةِ الرَّسُولِ فيه وَالْوَكِيلِ في بَابِ النِّكَاحِ وما يَلْزَمُ الْوَكِيلَ من الْعُهْدَةِ يَرْجِعُ بها على الْمُوَكِّلِ وَالْمُكَاتَبُ وَالْمَأْذُونُ لَا يَرْجِعَانِ على الْمَوْلَى لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَتَصَرَّفُ لِلْمُوَكِّلِ نِيَابَةً عنه وَتَصَرُّفُ النَّائِبِ كَتَصَرُّفِ الْمَنُوبِ عنه
وَأَمَّا الْمُكَاتَبُ وَالْمَأْذُونُ فَإِنَّمَا يَتَصَرَّفَانِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ لِأَنْفُسِهِمَا لَا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عن الْمَوْلَى لِمَا عُرِفَ أَنَّ الْأذن فَكُّ الْحَجْرِ وَإِزَالَةُ الْمَانِعِ فإذا زَالَ الْحَجْرُ بِالْإِذْنِ فَالْعَبْدُ يَتَصَرَّفُ بِمَالِكِيَّةِ نَفْسِهِ فَكَانَ عَاقِدًا لِنَفْسِهِ لَا لِمَوْلَاهُ وَالَّذِي يَقَعُ لِلْمَوْلَى هو حُكْمُ التَّصَرُّفِ لَا غَيْرُ وإذا كان عَاقِدًا لِنَفْسِهِ كانت الْعُهْدَةُ عليه وَلَوْ رُدَّ الْمَبِيعُ على الْوَكِيلِ هل له أَنْ يَرُدَّهُ على مُوَكِّلِهِ فَهَذَا لَا يَخْلُو من ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ إمَّا أَنْ يَرُدَّهُ عليه بِبَيِّنَةٍ قَامَتْ على الْعَيْبِ وأما أَنْ يَرُدَّهُ عليه بِنُكُولِهِ وَإِمَّا أَنْ يَرُدَّهُ عليه بِإِقْرَارِهِ بِالْعَيْبِ
فَإِنْ رَدَّهُ عليه بِبَيِّنَةٍ قَامَتْ على الْعَيْبِ يَرُدُّهُ على الْمُوَكِّلِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ وهو نَائِبٌ عنه فَيَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ وَإِنْ رَدَّهُ عليه بِنُكُولِهِ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ نُكُولَهُ مُضَافٌ إلَى الْمُوَكِّلِ لِكَوْنِهِ مُضْطَرًّا مُلْجَأً إلَيْهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ في الْخُصُومَةِ وَإِنَّمَا جاء هذا الاضرار (((الاضطرار))) من نَاحِيَةِ الْمُوَكِّلِ لِأَنَّهُ هو الذي أَوْقَعَهُ فيه فَكَانَ مُضَافًا إلَيْهِ
وَإِنْ رَدَّهُ عليه بِإِقْرَارِهِ بِالْعَيْبِ يُنْظَرُ إنْ كان عَيْبًا لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ يَرُدُّ على الْمُوَكِّلِ لِأَنَّهُ عَلِمَ بِثُبُوتِهِ عِنْدَ الْبَيْعِ بِيَقِينٍ
وَأَمَّا إنْ كان عَيْبًا يَحْدُثُ مِثْلُهُ لَا يَرُدُّ على الْمُوَكِّلِ حتى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ فَإِنْ كان رَدَّ عليه بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ لَا يَرُدُّ لِأَنَّ إقْرَارَ الْمُقِرِّ يَلْزَمُهُ دُونَ غَيْرِهِ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ فَكَانَ حُجَّةً في حَقِّهِ خَاصَّةً لَا في حَقِّ مُوَكِّلِهِ
وَإِنْ رَدَّ عليه بِغَيْرِ قَضَاءٍ لَزِمَ الْوَكِيلَ خَاصَّةً سَوَاءٌ كان الْعَيْبُ يَحْدُثُ مِثْلُهُ أو لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ لِأَنَّ الرَّدَّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَإِنْ كان فَسْخًا في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ فَهُوَ بَيْعٌ جَدِيدٌ في حَقِّ غَيْرِهِمَا فَلَا يَمْلِكُ الرَّدَّ على الْمُوَكِّلِ كما لو اشْتَرَاهُ
فَأَمَّا الْمُضَارِبُ وَالشَّرِيكُ فَيقَبُولِهِمَا يَلْزَمُ رَبَّ الْمَالِ وَالشَّرِيكَ الْآخَرَ لِأَنَّ حُكْمَ شَرِكَتِهِمَا تَلْزَمُهُمَا بِخِلَافِ الْوَكِيلِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ وَيَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ وما لَا يَسْقُطُ وَلَا يَلْزَمُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ تعالى التَّوْفِيقُ الرَّدُّ يَمْتَنِعُ بِأَسْبَابٍ منها

الرِّضَا بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ لِأَنَّ حَقَّ الرَّدِّ لِفَوَاتِ السَّلَامَةِ الْمَشْرُوطَةِ في الْعَقْدِ دَلَالَةً وَلَمَّا رضي بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ دَلَّ أَنَّهُ ما شَرَطَ السَّلَامَةَ وَلِأَنَّهُ ثَبَتَ نَظَرًا لِلْمُشْتَرِي دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه فإذا رضي بِالْعَيْبِ فلم يَنْظُرْ لِنَفْسِهِ وَرَضِيَ بِالضَّرَرِ

ثُمَّ الرِّضَا نَوْعَانِ صَرِيحٌ وما هو في مَعْنَى الصَّرِيحِ وَدَلَالَةٌ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَحْوُ قَوْلِهِ رَضِيت بِالْعَيْبِ أو أَجَزْت هذا الْبَيْعَ أو أَوْجَبْته وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى

وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ أَنْ يُوجَدَ من الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ تَصَرُّفٌ في الْمَبِيعِ يَدُلُّ على الرِّضَا بِالْعَيْبِ

نَحْوُ ما إذَا كان ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أو قَطَعَهُ أو سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ أو أَرْضًا فَبَنَى عليها أو حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أو لَحْمًا فَشَوَاهُ وَنَحْوَ ذلك أو تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا أَخْرَجَهُ عن مِلْكِهِ وهو عَالِمٌ بِالْعَيْبِ أو ليس بِعَالِمٍ أو بَاعَهُ الْمُشْتَرِي أو وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ أو أَعْتَقَهُ أو كَاتَبَهُ أو دَبَّرَهُ أو اسْتَوْلَدَهُ لِأَنَّ الْإِقْدَامَ على هذه التَّصَرُّفَاتِ مع الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ دَلِيلُ الرِّضَا بِالْعَيْبِ وَيَكُونُ الْعِلْمُ بِالْعَيْبِ وَكُلُّ ذلك يُبْطِلُ حَقَّ الرَّدِّ

وَلَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ رُدَّ عليه بِعَيْبٍ فَإِنْ كان قبل الْقَبْضِ له أَنْ يَرُدَّهُ على بَائِعِهِ سَوَاءً كان الرَّدُّ بِقَضَاءِ الْقَاضِي أو بِالتَّرَاضِي بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كان بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ كان بِقَضَاءِ الْقَاضِي له أَنْ يَرُدَّهُ على بَائِعِهِ بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ كان قَبِلَهُ الْبَائِعُ بِغَيْرِ قَضَاءٍ ليس له أَنْ يَرُدَّهُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ له أَنْ يَرُدَّهُ

وَجْهُ قَوْلِهِ إن الْمَانِعَ من الرَّدِّ خُرُوجُ السِّلْعَةِ عن مِلْكِهِ فإذا عَادَتْ إلَيْهِ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ وَصَارَ كَأَنَّهُ لم يَخْرُجْ وَلِهَذَا إذَا رُدَّ عليه بِقَضَاءٍ له أَنْ يَرُدَّهُ على بَائِعِهِ وَكَذَا إذَا رُدَّ عليه بِخِيَارِ شَرْطٍ أو بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ على أَصْلِكُمْ

وَلَنَا أَنَّ الْقَبُولَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَسْخٌ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ بَيْعٌ جَدِيدٌ في حَقِّ غَيْرِهِمَا فَصَارَ كما لو عَادَ إلَيْهِ بِشِرَاءٍ وَلَوْ اشْتَرَاهُ لم يَمْلِكْ الرَّدَّ على بَائِعِهِ

كَذَا هذا

وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْقَبُولَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بَيْعٌ جَدِيدٌ في حَقِّ غَيْرِ الْعَاقِدَيْنِ أَنَّ مَعْنَى الْبَيْعِ مَوْجُودٌ فَكَانَ شُبْهَةُ الشِّرَاءِ قَائِمَةً

فَكَانَ الرَّدُّ عِنْدَ التَّرَاضِي بَيْعًا لِوُجُودِ مَعْنَى الْبَيْعِ فيه إلَّا أَنَّهُ أعطى له حُكْمُ الْفَسْخِ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ فَبَقِيَ بَيْعًا جَدِيدًا في حَقِّ غَيْرِهِمَا بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ المبتدأ وَلِهَذَا يَثْبُتُ لِلشَّفِيعِ حَقُّ الشُّفْعَةِ وَحَقُّ الشُّفْعَةِ إنَّمَا يَثْبُتُ بِالْبَيْعِ بِخِلَافِ الرَّدِّ بِقَضَاءِ الْقَاضِي لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ فيه مَعْنَى الْبَيْعِ أَصْلًا لِانْعِدَامِ التَّرَاضِي فَكَانَ فَسْخًا وَالْفَسْخُ رَفْعُ الْعَقْدِ من الْأَصْلِ وَجَعْلُهُ كَأَنْ لم يَكُنْ وَلِهَذَا لم يَثْبُتْ لِلشَّفِيعِ حَقُّ الشُّفْعَةِ وَبِخِلَافِ ما قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لَا تَمَامَ لها قبل الْقَبْضِ

أَلَا تَرَى أَنَّ حُدُوثَ الْعَيْبِ قبل الْقَبْضِ كَوُجُودِهِ قبل الْبَيْعِ فَكَانَ الرَّدُّ قبل الْقَبْضِ في مَعْنَى الِامْتِنَاعِ عن الْقَبُولِ كَأَنَّ الْمُشْتَرِيَ رَدَّ إيجَابَ الْبَائِعِ ولم يَقْبَلْهُ

وَلِهَذَا لم يَفْتَقِرْ الرَّدُّ قبل الْقَبْضِ إلَى الْقَاضِي وَبِخِلَافِ ما إذَا رُدَّ عليه بِخِيَارِ شَرْطٍ أو رُؤْيَةٍ أَنَّهُ يَرُدُّهُ على بَائِعِهِ لِأَنَّ مَعْنَى الْبَيْعِ لم يُوجَدْ في هذا الرَّدِّ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَرُدُّ على بَائِعِهِ من غَيْرِ رِضَاهُ فَكَانَ فَسْخًا وَرَفْعًا لِلْعَقْدِ من الْأَصْلِ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ وَكَذَا لو وطىء الْجَارِيَةَ الْمُشْتَرَاةَ أو لَمَسَهَا لِشَهْوَةٍ أو نَظَرَ إلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ مع الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ لِمَا قُلْنَا وَكَذَا بِدُونِ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كانت الْجَارِيَةُ بِكْرًا فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِي فَكَذَلِكَ وَأَمَّا إذَا كانت ثَيِّبًا فَوَطِئَهَا بِدُونِ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ وَسَتَأْتِي

الْمَسْأَلَةُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلَوْ قَبَّلَتْ الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرِيَ لِشَهْوَةٍ فَقَدْ مَرَّ تَفْصِيلُ الْكَلَامِ فيه في شَرْطِ الْخِيَارِ وَلَوْ اسْتَخْدَمَ الْمُشْتَرِي بعدما عَلِمَ بِالْعَيْبِ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَسْقُطَ خِيَارُهُ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَسْقُطُ وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ في خِيَارِ الشَّرْطِ وَلَوْ كان المشتري دَابَّةً فَرَكِبَهَا بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ فَإِنْ رَكِبَهَا لِحَاجَةِ نَفْسِهِ يَسْقُطُ خِيَارُهُ
وَإِنْ رَكِبَهَا لِيَسْقِيَهَا أو لِيَرُدَّهَا على الْبَائِعِ أو لِيَشْتَرِيَ لها عَلَفًا فَفِيهِ قِيَاسٌ وَاسْتِحْسَانٌ كما في الِاسْتِخْدَامِ وقد ذَكَرْنَا ذلك في خِيَارِ الشَّرْطِ وَلَوْ رَكِبَهَا لِيَنْظُرَ إلَى سَيْرِهَا بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ يَكُونُ رِضًا يُسْقِطُ خِيَارَهُ وفي شَرْطِ الْخِيَارِ لَا يُسْقِطُ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا قد تَقَدَّمَ في خِيَارِ الشَّرْطِ
وَكَذَا لو اشْتَرَى ثَوْبًا فَلَبِسَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ لِيَنْظُرَ إلَى طُولِهِ وَعَرْضِهِ بَطَلَ خِيَارُهُ وفي خِيَارِ الشَّرْطِ لَا يَبْطُلُ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا قد ذَكَرْنَاهُ في شَرْطِ الْخِيَارِ وَإِنْ كان المشتري دَارًا فَسَكَنَهَا بعدما عَلِمَ بِالْعَيْبِ أو رَمَّ منها شيئا أو هَدَمَ يَسْقُطُ خِيَارُهُ وَذُكِرَ في بَعْضِ شُرُوحِ مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ في السُّكْنَى رِوَايَتَانِ
وَالْحَاصِلُ أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يُوجَدُ من الْمُشْتَرِي في المشتري بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ يَدُلُّ على الرِّضَا بِالْعَيْبِ يُسْقِطُ الْخِيَارَ وَيُلْزِمُ الْبَيْعَ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا إسْقَاطُ الْخِيَارِ صَرِيحًا أو ما هو في مَعْنَى الصَّرِيحِ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي أَسْقَطْت الْخِيَارَ أو أَبْطَلْته أو أَلْزَمْتُ الْبَيْعَ أو أَوْجَبْتُهُ وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى لِأَنَّ خِيَارَ الْعَيْبِ حَقُّهُ وَالْإِنْسَانُ بِسَبِيلٍ من التَّصَرُّفِ في حَقِّهِ اسْتِيفَاءً وَإِسْقَاطًا
وَمِنْهَا إبْرَاءُ الْمُشْتَرِي عن

الْعَيْبِ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ إسْقَاطٌ وَلَهُ وِلَايَةُ الْإِسْقَاطِ لِأَنَّ الْخِيَارَ حَقُّهُ وَالْمَحَلُّ قَابِلٌ لِلسُّقُوطِ أَلَا تَرَى كَيْفَ احْتَمَلَ السُّقُوطَ بِالْإِسْقَاطِ صَرِيحًا فإذا أَسْقَطَهُ يَسْقُطُ
وَمِنْهَا هَلَاكُ الْمَبِيعِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ الرَّدِّ وَمِنْهَا نُقْصَانُهُ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ نُقْصَانَ الْمَبِيعِ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ قبل الْقَبْضِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَهُ وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي أو بِفِعْلِ الْبَائِعِ أو بِفِعْلِ الْمَبِيعِ أو بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ فَإِنْ كان قبل الْقَبْضِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمَبِيعِ فَهَذَا وما إذَا لم يَكُنْ بِهِ عَيْبٌ سَوَاءٌ وقد ذَكَرْنَا حُكْمَهُ في بَيْعِ الْبَاتِّ فِيمَا تَقَدَّمَ إن الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ
ثُمَّ إنْ كان النُّقْصَانُ نُقْصَانَ قَدْرٍ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَإِنْ كان نُقْصَانَ وَصْفٍ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِمَا ذَكَرْنَا هُنَالِكَ
وَإِنْ كان بِفِعْلِ الْبَائِعِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فيه وَفِيمَا إذَا لم يَكُنْ بِهِ عَيْبٌ سَوَاءٌ وهو أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَطُرِحَ عنه قَدْرُ النُّقْصَانِ الذي حَصَلَ بِفِعْلِ الْبَائِعِ من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ كما إذَا لم يَجِدْ بِهِ عَيْبًا وَإِنْ كان بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي لَا خِيَارَ له وَيَصِيرُ قَابِضًا بِالْجِنَايَةِ وَيَتَقَرَّرُ عليه جَمِيعُ الثَّمَنِ إنْ لم يَجِدْ بِهِ عَيْبًا كان عِنْدَ الْبَائِعِ على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَإِنْ وَجَدَ عَيْبًا كان عِنْدَ الْبَائِعِ

فَإِنْ شَاءَ رَجَعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ وَإِنْ شَاءَ رضي بِهِ
وَإِنْ قال الْبَائِعُ أنا آخُذُهُ مع النُّقْصَانِ ليس لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَهُ وَيَرْجِعَ عليه بِالنُّقْصَانِ بَلْ يَرُدُّهُ عليه وَيَسْقُطُ جَمِيعُ الثَّمَنِ وَسَنَذْكُرُ الْأَصْلَ في جِنْسِ هذه الْمَسَائِلِ في بَيَانِ ما يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ وما لَا يَمْنَعُ
هذا إذَا لم يُوجَدْ من الْبَائِعِ مَنْعُ الْمَبِيعِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ بعدما صَارَ الْمُشْتَرِي قَابِضًا بِالْجِنَايَةِ فَأَمَّا إذَا وُجِدَ منه مَنْعٌ بَعْدَ ذلك ثُمَّ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِهِ عَيْبًا له أَنْ يَرُدَّهُ على الْبَائِعِ وَيَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي جَمِيعُ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ بِالْمَنْعِ صَارَ مُسْتَرِدًّا لِلْمَبِيعِ نَاقِصًا ذلك الْقَبْضَ فَانْتَقَضَ وَجُعِلَ كَأَنْ لم يَكُنْ له فَكَانَ حَقُّ الرَّدِّ على الْبَائِعِ وَيَسْقُطُ عنه جَمِيعُ الثَّمَنِ إلَّا قَدْرَ ما نَقَصَ بِفِعْلِهِ
وَإِنْ كان بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ رضي بِهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَاتَّبَعَ الْجَانِيَ بِالْأَرْشِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَيَسْقُطُ عنه جَمِيعُ الثَّمَنِ وَاتَّبَعَ الْبَائِعُ الْجَانِيَ بِالْأَرْشِ كما إذَا لم يَجِدْ الْمُشْتَرِي بها عَيْبًا
هذا إذَا حَدَثَ النُّقْصَانُ قبل الْقَبْضِ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَأَمَّا إذَا حَدَثَ بَعْدَ الْقَبْضِ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَإِنْ حَدَثَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمَبِيعِ أو بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي لم يَكُنْ له أَنْ يَرُدَّهُ بِالْعَيْبِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ له أَنْ يَرُدَّهُ وَيَرُدَّ معه أَرْشَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ حَقَّ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ثَبَتَ نَظَرًا لِلْمُشْتَرِي
فَلَوْ امْتَنَعَ إنَّمَا يَمْتَنِعُ نَظَرًا لِلْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي بِاسْتِحْقَاقِ النَّظَرِ أَوْلَى من الْبَائِعِ لِأَنَّهُ لم يُدَلِّسْ الْعَيْبَ وَالْبَائِعُ قد دَلَّسَ
وَلَنَا أَنَّ شَرْطَ الرَّدِّ أَنْ يَكُونَ الْمَرْدُودُ عِنْدَ الرَّدِّ على الصِّفَةِ التي كان عليها عِنْدَ الْقَبْضِ ولم يُوجَدْ لِأَنَّهُ خَرَجَ عن مِلْكِ الْبَائِعِ مَعِيبًا بِعَيْبٍ وَاحِدٍ وَيَعُودُ على مِلْكِهِ مَعِيبًا بِعَيْبَيْنِ فَانْعَدَمَ شَرْطُ الرَّدِّ فَلَا يُرَدُّ وَلَوْ كان الْمَبِيعُ جَارِيَةً فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِي ثُمَّ اطَّلَعَ على عَيْبٍ بها فَإِنْ كانت بِكْرًا لم يَرُدَّهَا بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كانت ثَيِّبًا فَكَذَلِكَ عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُرَدُّ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ ثُبُوتِ حَقِّ الرَّدِّ مع شَرْطِهِ وما بَعْدَ السَّبَبِ وَشَرْطِهِ إلا الْحُكْمُ أَمَّا السَّبَبُ فَهُوَ الْعَيْبُ وقد وُجِدَ
وَأَمَّا الشَّرْطُ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْمَرْدُودُ وَقْتَ الرَّدِّ كما كان وَقْتَ الْقَبْضِ وقد وُجِدَ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يُوجِبُ نُقْصَانَ الْعَيْنِ إذْ هو اسْتِيفَاءُ مَنَافِعِ الْبُضْعِ فَأَشْبَهَ الِاسْتِخْدَامَ بِخِلَافِ وَطْءِ الْبِكْرِ لِأَنَّ الْعُذْرَةَ عُضْوٌ منها وقد أَزَالَهَا بِالْوَطْءِ
وَلَنَا أَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ لها حُكْمُ الْأَجْزَاءِ وَالْأَعْيَانِ بِدَلِيلِ أنها مَضْمُونَةٌ بِالْعَيْنِ وَغَيْرُ الْعَيْنِ لَا يُضْمَنُ بِالْعَيْنِ هو الْأَصْلُ وَإِذْ قام الدَّلِيلُ على أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ عِنْدَنَا أَصْلًا فَكَانَ اسْتِيفَاؤُهَا في حُكْمِ إتْلَافِ الْأَجْزَاءِ وَالْأَعْيَانِ فَانْعَدَمَ شَرْطُ الرَّدِّ فَيَمْتَنِعُ الرَّدُّ كما إذَا قَطَعَ طَرَفًا منها وَكَمَا في وَطْءِ الْبِكْرِ بِخِلَافِ الِاسْتِخْدَامِ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَةٍ مَحْضَةٍ مالها حُكْمُ الْجُزْءِ وَالْعَيْنِ وَلِأَنَّهُ لو رَدَّ الْجَارِيَةَ وَفَسَخَ الْعَقْدَ رُفِعَ من الْأَصْلِ من كل وَجْهٍ أو من وَجْهٍ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْوَطْءَ صَادَفَ مِلْكَ الْبَائِعِ من كل وَجْهٍ أو من وَجْهٍ وَأَنَّهُ حَرَامٌ فَكَانَ الْمَنْعُ من الرَّدِّ طَرِيقَ الصِّيَانَةِ عن الْحَرَامِ وَأَنَّهُ وَاجِبٌ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما قَالَهُ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا إذَا اشترى (((اشترط))) رَجُلَانِ شيئا ثُمَّ اطَّلَعَا على عَيْبٍ بِهِ كان عِنْدَ الْبَائِعِ أَنَّهُ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالْفَسْخِ دُونَ صَاحِبِهِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالْفَسْخِ وَعَلَى هذا الْخِلَافُ لو اشْتَرَيَا شيئا على أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ فيه ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أو اشْتَرَيَا شيئا لم يَرَيَاهُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ رَدَّ المشتري كما اشْتَرَى فَيَصِحُّ كما إذَا اشْتَرَى عَبْدًا على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ في نِصْفِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَرَدَّ النِّصْفَ وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ أَنَّهُ اشْتَرَى النِّصْفَ

لِأَنَّهُمَا لَمَّا اشْتَرَيَا الْعَبْدَ جُمْلَةً

(5/283)

وَاحِدَةً كان كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرِيًا نِصْفَهُ وقد رَدَّ النِّصْفَ فَقَدْ رَدَّ ما اشْتَرَى كما اشْتَرَى
وَلِأَبِي حنيفة رحمه أنه لم يوجد شرط الرد وثبوت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع
ولأبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لم يُوجَدْ شَرْطُ الرَّدِّ وَثُبُوتُ حَقِّ الرَّدِّ عِنْدَ انْعِدَامِ شَرْطِهِ مُمْتَنِعٌ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ لم يُوجَدْ شَرْطُ الرَّدِّ أَنَّ الشَّرْطَ أَنْ يَكُونَ الْمَرْدُودُ على الْوَصْفِ الذي كان مَقْبُوضًا ولم يُوجَدْ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ غير مَعِيبٍ بِعَيْبٍ زَائِدٍ فَلَوْ رَدَّهُ لَرَدَّهُ وهو مَعِيبٌ بِعَيْبٍ زَائِدٍ وهو عَيْبُ الشَّرِكَةِ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ في الْأَعْيَانِ عَيْبٌ لِأَنَّ نِصْفَ الْعَيْنِ لَا يشتري بِالثَّمَنِ الذي يشتري بِهِ لو لم يَكُنْ مُشْتَرَكًا فلم يُوجَدْ رَدُّ ما اشْتَرَى فَلَا يَصِحُّ الرَّدُّ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن الْبَائِعِ وَلِهَذَا لو أَوْجَبَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ في عَبْدٍ لِاثْنَيْنِ فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ لم يَصِحَّ لِأَنَّ الْبَائِعَ لم يَرْضَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ إلَّا عن الْجُمْلَةِ فإذا قَبِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ فَقَدْ فَرَّقَ الصَّفْقَةَ على الْبَائِعِ فلم يَصِحَّ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه
كَذَا هذا
وَكَذَلِكَ لو كان النُّقْصَانُ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ أو بِفِعْلِ الْبَائِعِ بِأَنْ قَطَعَ يَدَهُ وَوَجَبَ الْأَرْشُ أو كانت جَارِيَةً فَوَطِئَهَا وَوَجَبَ الْعُقْرُ لم يَكُنْ له أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ لِمَا قُلْنَا وَلِمَعْنًى آخَرَ يَخْتَصُّ بِهِ وهو أَنَّ النُّقْصَانَ بِفِعْلِ الْأَجْنَبِيِّ أو بِفِعْلِ الْبَائِعِ يُوْجِبُ الْأَرْشَ وَالْعُقْرُ لِلْمُشْتَرِي وَأَنَّهُ زِيَادَةٌ وَلِهَذَا يُمْنَعُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ على ما نذكره (((سنذكره))) إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلَوْ اشْتَرَى مَأْكُولًا في جَوْفِهِ كَالْبِطِّيخِ وَالْجَوْزِ القثاء (((والقثاء))) وَالْخِيَارِ وَالرُّمَّانِ وَالْبَيْضِ وَنَحْوِهَا فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فَاسِدًا فَهَذَا في الْأَصْلِ لَا يَخْلُو عن أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن وَجَدَهُ كُلَّهُ فَاسِدًا وَإِمَّا إن وَجَدَ الْبَعْضَ فَاسِدًا وَالْبَعْضَ صَحِيحًا فَإِنْ وَجَدَهُ كُلَّهُ فَاسِدًا فَإِنْ كان مِمَّا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ أَصْلًا فَالْمُشْتَرِي يَرْجِعُ على الْبَائِعِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ بَاطِلًا لِأَنَّهُ بَيْعُ ما ليس بِمَالٍ وَبَيْعُ ما ليس بِمَالٍ لَا يَنْعَقِدُ كما إذَا اشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حُرٌّ
وَإِنْ كان مِمَّا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ في الْجُمْلَةِ ليس له أَنْ يَرُدَّهُ بِالْعَيْبِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ له أَنْ يَرُدَّهُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ لَمَّا بَاعَهُ منه فَقَدْ سَلَّطَهُ على الْكَسْرِ فَكَانَ الْكَسْرُ حَاصِلًا بِتَسْلِيطِ الْبَائِعِ فَلَا يَمْنَعُ الرَّدَّ
وَلَنَا ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ شَرْطَ الرَّدِّ أَنْ يَكُونَ الْمَرْدُودُ وَقْتَ الرَّدِّ على الْوَصْفِ الذي كان عليه وَقْتَ الْقَبْضِ ولم يُوجَدْ لِأَنَّهُ تَعَيَّبَ بِعَيْبٍ زَائِدٍ بِالْكَسْرِ فَلَوْ رُدَّ عليه لَرُدَّ مَعِيبًا بِعَيْبَيْنِ فَانْعَدَمَ شَرْطُ الرَّدِّ
وَأَمَّا قَوْلُهُ الْبَائِعُ سَلَّطَهُ على الْكَسْرِ فَنَعَمْ لَكِنْ بِمَعْنَى أَنَّهُ مَكَّنَهُ من الْكَسْرِ بِإِثْبَاتِ الْمِلْكِ له فَيَكُونُ هو بِالْكَسْرِ مُتَصَرِّفًا في مِلْكِ نَفْسِهِ لَا في مِلْكِ الْبَائِعِ بِأَمْرِهِ لِيَكُونَ ذلك منه دَلَالَةَ الرِّضَا بِالْكَسْرِ
وَإِنْ وَجَدَ بَعْضَهُ فَاسِدًا دُونَ الْبَعْضِ يُنْظَرُ إنْ كان الْفَاسِدُ كَثِيرًا يَرْجِعُ على

الْبَائِعِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ في الْقَدْرِ الْفَاسِدِ بَاطِلًا لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ ليس بِمَالٍ وإذا بَطَلَ في ذلك الْقَدْرِ يَفْسُدُ في الْبَاقِي كما إذَا جَمَعَ بين حُرٍّ وَعَبْدٍ وَبَاعَهُمَا صَفْقَةً وَاحِدَةً

وَإِنْ كان قَلِيلًا فَكَذَلِكَ في الْقِيَاسِ وفي الِاسْتِحْسَانِ صَحَّ الْبَيْعُ في الْكُلِّ وَلَيْسَ له أَنْ يَرُدَّ وَلَا أَنْ يَرْجِعَ فيه بِشَيْءٍ لِأَنَّ قَلِيلَ الْفَسَادِ فيه مِمَّا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه إذْ هذه الْأَشْيَاءُ في العبادات (((العادات))) لَا تَخْلُو عن قَلِيلِ فَسَادٍ فَكَانَ فيه ضَرُورَةً فَيَلْتَحِقُ ذلك الْقَدْرُ بِالْعَدَمِ

وَمِنْ مَشَايِخِنَا من فَصَّلَ تَفْصِيلًا آخَرَ فقال إذَا وَجَدَ كُلَّهُ فَاسِدًا فَإِنْ لم يَكُنْ لِقِشْرِهِ قِيمَةٌ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ ما ليس بِمَالٍ وَإِنْ كان لِقِشْرِهِ قِيمَةٌ كَالرُّمَّانِ وَنَحْوِهِ فَالْبَيْعُ لَا يَبْطُلُ لِأَنَّهُ إذَا كان لِقِشْرِهِ قِيمَةٌ كان الْقِشْرُ مَالًا وَلَكِنَّ الْبَائِعَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ رضي بِهِ نَاقِصًا وَقَبِلَ قِشْرَهُ وَرَدَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ لم يَقْبَلْ لِأَنَّهُ تَعَيَّبَ بِعَيْبٍ زَائِدٍ وَرَدَّ على الْمُشْتَرِي حِصَّةَ الْمَعِيبِ جَبْرًا لِحَقِّهِ وَإِنْ وَجَدَ بَعْضَهُ فَاسِدًا فَعَلَى هذا التَّفْصِيلِ أَيْضًا لِأَنَّهُ إنْ لم يَكُنْ لِقِشْرِهِ قِيمَةٌ رَجَعَ على الْبَائِعِ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَإِنْ كان لِقِشْرِهِ قِيمَةٌ رَجَعَ بِحِصَّةِ الْعَيْبِ دُونَ الْقِشْرِ اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ إلَّا إذَا كان الْفَاسِدُ منه قَلِيلًا قَدْرَ ما لَا يَخْلُو عن مِثْلِهِ فَلَا يَرُدُّ وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَمِنْهَا الزِّيَادَةُ الْمُنْفَصِلَةُ الْمُتَوَلِّدَةُ من الْمَبِيعِ بَعْدَ الْقَبْضِ

وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في الزِّيَادَةِ أنها لَا تَخْلُو إمَّا إنْ حَدَثَتْ قبل الْقَبْضِ وَإِمَّا إن حَدَثَتْ بَعْدَهُ وَكُلُّ وَاحِدَةٍ من الزِّيَادَتَيْنِ لَا تَخْلُو من أَنْ تَكُونَ مُتَّصِلَةً أو مُنْفَصِلَةً وَالْمُتَّصِلَةُ لَا تَخْلُو من أَنْ تَكُونَ مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ كَالْحُسْنِ وَالْجَمَالِ وَالْكِبَرِ وَالسِّمَنِ وَالسَّمْعِ وإنجلاء بَيَاضِ إحْدَى الْعَيْنَيْنِ وَنَحْوِ ذلك أو غير مُتَوَلِّدَةٍ منه كَالصَّبْغِ في الثَّوْبِ وَالسَّمْنِ أو الْعَسَلِ الْمَلْتُوتِ بِالسَّوِيقِ وَالْبِنَاءِ في الْأَرْضِ وَنَحْوِهَا وَكَذَلِكَ الْمُنْفَصِلَةُ لَا تَخْلُو من أَنْ تَكُونَ مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ وَاللَّبَنِ وَنَحْوِهَا أو غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ كَالْكَسْبِ وَالصَّدَقَةِ وَالْغَلَّةِ وَالْبَيْعُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ صَحِيحًا أو فَاسِدًا

أَمَّا الزِّيَادَةُ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَحُكْمُهَا نَذْكُرُهُ في بَيَانِ حُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَأَمَّا في الْبَيْعِ الصَّحِيحِ فَإِنْ حَدَثَتْ الزِّيَادَةُ قبل الْقَبْضِ فَإِنْ كانت مُتَّصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ

فَإِنَّهَا لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ لِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ تَابِعَةٌ لِلْأَصْلِ حَقِيقَةً لِقِيَامِهَا بِالْأَصْلِ فَكَانَتْ مَبِيعَةً تَبَعًا وَالْأَصْلُ أَنَّ ما كان تَابِعًا في الْعَقْدِ يَكُونُ تَابِعًا في الْفَسْخِ لِأَنَّ الْفَسْخَ رَفَعَ الْعَقْدَ فَيَنْفَسِخُ الْعَقْدُ في الْأَصْلِ بِالْفَسْخِ فيه مَقْصُودًا وَيَنْفَسِخُ في الزِّيَادَةِ تَبَعًا لِلِانْفِسَاخِ في الْأَصْلِ

وَإِنْ كانت مُتَّصِلَةً غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ لِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِتَابِعَةٍ بَلْ هِيَ أَصْلٌ بِنَفْسِهَا

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْبَيْعِ فيها أَصْلًا وَرَأْسًا فَلَوْ رَدَّ الْمَبِيعَ لَكَانَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَرُدَّهُ وَحْدَهُ بِدُونِ الزِّيَادَةِ وَإِمَّا أَنْ يَرُدَّهُ مع الزِّيَادَةِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ مُتَعَذِّرٌ لِتَعَذُّرِ الْفَصْلِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِتَابِعَةٍ في الْعَقْدِ

فَلَا تَكُونُ تَابِعَةً فِي الْفَسْخِ وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ صَارَ قَابِضًا لِلْمَبِيعِ بِإِحْدَاثِ هذه الزِّيَادَةِ فَصَارَ كَأَنَّهَا حَدَثَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ وَحُدُوثُهَا بَعْدَ الْقَبْضِ يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَإِنْ كانت متفصلة (((منفصلة))) مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَدَّهُمَا جميعا وَإِنْ شَاءَ رضي بِهِمَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ بِخِلَافِ ما بَعْدَ الْقَبْضِ عِنْدَنَا إنها تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ وَسَنَذْكُرُ الْفَرْقَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ لم يَجِدْ بِالْأَصْلِ عَيْبًا وَلَكِنْ وَجَدَ بِالزِّيَادَةِ عَيْبًا ليس له أَنْ يَرُدَّهَا لِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ قبل الْقَبْضِ مَبِيعَةٌ تَبَعًا وَالْمَبِيعُ تَبَعًا لَا يُحْتَمَلُ فَسْخُ الْعَقْدِ فيه مَقْصُودًا إلَّا إذَا كان حُدُوثُ هذه الزِّيَادَةِ قبل الْقَبْضِ مِمَّا يُوجِبُ نُقْصَانًا في الْمَبِيعِ كَوَلَدِ الْجَارِيَةِ فَلَهُ خِيَارُ الرَّدِّ لَكِنْ لَا لِلزِّيَادَةِ بَلْ لِلنُّقْصَانِ

وَلَوْ قَبَضَ الْأَصْلَ وَالزِّيَادَةَ جميعا ثُمَّ وَجَدَ بِالْأَصْلِ عَيْبًا له أَنْ يَرُدَّهُ خَاصَّةً بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ بَعْدَمَا قَسَّمَ الثَّمَنَ على قَدْرِ الْأَصْلِ وَقْتَ الْبَيْعِ وَعَلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ وَقْتَ الْقَبْضِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ إنَّمَا تَأْخُذُ قِسْطًا من الثَّمَنِ بِالْقَبْضِ كَذَلِكَ يُعْتَبَرُ قَبْضُهَا وَقْتَ الْقَبْضِ

وَلَوْ لم يَجِدْ بِالْأَصْلِ عَيْبًا وَلَكِنَّهُ وَجَدَ بِالزِّيَادَةِ عَيْبًا فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا خَاصَّةً بِحِصَّتِهَا من الثَّمَنِ لِأَنَّهُ صَارَ لها حِصَّةٌ من الثَّمَنِ بِالْقَبْضِ فَيَرُدُّهَا بِحِصَّتِهَا من الثَّمَنِ فَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُنْفَصِلَةً من الْأَصْلِ فَإِنَّهَا لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ لِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ لِانْعِدَامِ ثُبُوتِ حُكْمِ الْبَيْعِ فيها وَإِنَّمَا هِيَ مَمْلُوكَةٌ بِسَبَبٍ على حِدَةٍ أو بِمِلْكِ الْأَصْلِ فَبِالرَّدِّ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ في الْأَصْلِ وَتَبْقَى الزِّيَادَةُ مَمْلُوكَةً بِوُجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ فيه مَقْصُودًا أو بِمِلْكِ الْأَصْلِ لَا بِالْبَيْعِ فَكَانَتْ رِبْحًا لَا رِبًا لِاخْتِصَاصِ الرِّبَا بِالْبَيْعِ لِأَنَّهُ فَضْلُ مَالٍ قُصِدَ اسْتِحْقَاقُهُ بِالْبَيْعِ في عُرْفِ الشَّرْعِ ولم يُوجَدْ ثُمَّ إذَا رَدَّ الْأَصْلَ فَالزِّيَادَةُ تَكُونُ لِلْمُشْتَرِي بِغَيْرِ ثَمَنٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَكِنَّهَا لَا تَطِيبُ له لِأَنَّهَا حَدَثَتْ على مِلْكِهِ إلَّا أنها رِبْحٌ ما لم يَضْمَنْ فَلَا تَطِيبُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الزِّيَادَةُ تَكُونُ لِلْبَائِعِ لَكِنَّهَا لَا تَطِيبُ له وَهَذَا إذَا اخْتَارَ الْمُشْتَرِي الرَّدَّ بِالْعَيْبِ فَإِنْ رضي بِالْعَيْبِ وَاخْتَارَ الْبَيْعَ فَالزِّيَادَةُ لَا تَطِيبُ له بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهَا رِبْحٌ ما لم يَضْمَنْ وَنَهَى رسول اللَّهِ عن ذلك وَلِأَنَّهَا زِيَادَةٌ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ في عَقْدِ الْبَيْعِ وَأَنَّهُ تَفْسِيرُ الرِّبَا

وَلَوْ قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ مع هذه الزِّيَادَةِ ثُمَّ وَجَدَ بِالْمَبِيعِ عَيْبًا فَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ هَالِكَةً له أَنْ يَرُدَّ الْمَبِيعَ خَاصَّةً بِجَمِيعِ الثَّمَنِ بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ كانت قَائِمَةً فَكَذَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَرُدُّ معه الزِّيَادَةَ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ هذه زِيَادَةٌ حَدَثَتْ قبل الْقَبْضِ فَيَرُدُّهَا مع الْأَصْلِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لَا تَتْبَعُ الْأَصْلَ في حُكْمِ الْعَقْدِ فَلَا تَتْبَعُهُ في حُكْمِ الْفَسْخِ وَلَوْ وَجَدَ بِالزِّيَادَةِ عَيْبًا ليس له أَنْ يَرُدَّهَا لِأَنَّهُ لَا حِصَّةَ لِهَذِهِ الزِّيَادَةِ من الثَّمَنِ فَلَا تَحْتَمِلُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ لِأَنَّهَا لو رُدَّتْ لَرُدَّتْ بِغَيْرِ شَيْءٍ

هذا إذَا حَدَثَتْ الزِّيَادَةُ قبل الْقَبْضِ فَأَمَّا إذَا حَدَثَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ كانت مُتَّصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ فَإِنَّهَا لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ إنْ رضي الْمُشْتَرِي بِرَدِّهَا مع الْأَصْلِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ حَقِيقَةً وَقْتَ الْفَسْخِ فَبِالرَّدِّ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ في الْأَصْلِ مَقْصُودًا وَيَنْفَسِخُ في الزِّيَادَةِ تَبَعًا

وَإِنْ أَبَى أَنْ يَرُدَّهُ وَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ نُقْصَانَ الْعَيْبِ من الْبَائِعِ وَأَبَى الْبَائِعُ إلَّا الرَّدَّ مع الْعَيْبِ وَدَفَعَ جَمِيعَ الثَّمَنِ اُخْتُلِفَ فيه قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وأبو يُوسُفَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ نُقْصَانَ الْعَيْبِ من الْبَائِعِ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْبَى ذلك ويطلب (((ويطلب))) الرَّدَّ وَيَقُولَ لَا أُعْطِيك نُقْصَانَ الْعَيْبِ وَلَكِنْ رُدَّ عَلَيَّ الْمَبِيعَ مَعِيبًا لِأَدْفَعَ إلَيْك جَمِيعَ الثَّمَنِ

وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ على الْبَائِعِ إذَا أَبَى

ذلك وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَقُولَ له رُدَّ على الْمَبِيعَ حتى أَرُدَّ إلَيْك الثَّمَنَ كُلَّهُ وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَّصِلَةَ الْمُتَوَلِّدَةَ من الْأَصْلِ بَعْدَ الْقَبْضِ هل تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ إذَا لم يَرْضَ صَاحِبُ الزِّيَادَةِ وهو الْمُشْتَرِي بِرَدِّ الزِّيَادَةِ وَيُرِيدُ الرُّجُوعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ عِنْدَهُمَا يَمْنَعُ وَعِنْدَهُ لَا يَمْنَعُ
وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ في النِّكَاحِ إذَا ازْدَادَ الْمَهْرُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ بَعْدَ الْقَبْضِ ثُمَّ وَرَدَ الطَّلَاقُ قبل

(5/285)

الدُّخُولِ أنها هل تَمْنَعُ التَّنْصِيفَ عِنْدَهُمَا تَمْنَعُ وَعَلَيْهَا فصف (((نصف))) الْقِيمَةِ يوم قَبَضَتْ وَعِنْدَهُ لَا تَمْنَعُ وَنَذْكُرُ الْمَسْأَلَةَ في النِّكَاحِ
وَإِنْ كانت مُتَّصِلَةً غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْإِجْمَاعِ وَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لو رَدَّ الْأَصْلَ فَإِمَّا أَنْ يَرُدَّهُ مع الزِّيَادَةِ وَالرَّدُّ وَحْدَهُ لَا يُمْكِنُ وَالزِّيَادَةُ لَيْسَتْ بِتَابِعَةٍ في الْعَقْدِ فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَجْعَلَهَا تَابِعَةً في الْفَسْخِ إلَّا إذَا تَرَاضَيَا على الرَّدِّ لِأَنَّهُ صَارَ بِمَنْزِلَةِ بَيْعٍ جَدِيدٍ وَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُنْفَصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَمْنَعُ وَيَرُدُّ الْأَصْلَ بِدُونِ الزِّيَادَةِ وَكَذَلِكَ هذه الزِّيَادَةُ تَمْنَعُ الْفَسْخَ عِنْدَنَا من الْإِقَالَةِ وَالرَّدُّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالْكَلَامُ فيه مبنى على أَصْلٍ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ وهو أَنَّ الزِّيَادَةَ عِنْدَنَا مَبِيعَةٌ تَبَعًا لِثُبُوتِ حُكْمِ الْأَصْلِ فيه تَبَعًا وَبِالرَّدِّ بِدُونِ الزيدة (((الزيادة))) يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ في الْأَصْلِ مَقْصُودًا وَتَبْقَى الزِّيَادَةُ في يَدِ الْمُشْتَرِي مَبِيعًا مَقْصُودًا بِلَا ثَمَنٍ لِيَسْتَحِقَّ بِالْبَيْعِ وَهَذَا تَفْسِيرُ الرِّبَا في عُرْفِ الشَّرْعِ بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّهَا لَا تُرَدُّ بِدُونِ الْأَصْلِ أَيْضًا احْتِرَازًا عن الرِّبَا بَلْ تُرَدُّ مع الْأَصْلِ وَرَدُّهَا مع الْأَصْلِ لَا يَتَضَمَّنُ الرِّبَا ثُمَّ إنَّمَا لَا يُرَدُّ الْأَصْلُ مع الزِّيَادَةِ هَهُنَا وَرُدَّ هُنَاكَ إما امْتِنَاعُ رَدِّ الْأَصْلِ بِدُونِ الزِّيَادَةِ فَلِمَا قُلْنَا أنه يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا
وَأَمَّا رَدُّهُ مع الزِّيَادَةِ فَلِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ التَّابِعُ بَعْدَ الرَّدِّ رِبْحَ ما لم يَضْمَنْ لِأَنَّهُ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ في الزِّيَادَةِ وَيَعُودُ إلَى الْبَائِعِ ولم يَصِلْ إلَى الْمُشْتَرِي بمقابلته (((بمقابلة))) شَيْءٌ من الثَّمَنِ في الْفَسْخِ لِأَنَّهُ لَا حِصَّةَ له من الثَّمَنِ فَكَانَ الْوَلَدُ لِلْبَائِعِ رِبْحَ ما لم يُضْمَنْ لِأَنَّهُ حَصَلَ في ضَمَانِ الْمُشْتَرِي فَأَمَّا الْوَلَدُ قبل الْقَبْضِ فَقَدْ حَصَلَ في ضَمَانِ الْبَائِعِ فل (((فلو))) انْفَسَخَ الْعَقْدُ فيه لَا يَكُونُ رِبْحَ ما لم يُضْمَنْ بَلْ رِبْحَ ما ضُمِنَ وَإِنْ كانت مُنْفَصِلَةً غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ لَا يَمْتَنِعُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ وَيُرَدُّ الْأَصْلُ على الْبَائِعِ وَالزِّيَادَةُ لِلْمُشْتَرِي طَيِّبَةٌ له لِمَا مَرَّ أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ أَصْلًا لِانْعِدَامِ ثُبُوتِ حُكْمِ الْبَيْعِ فيها بَلْ مُلِكَتْ بِسَبَبٍ على حِدَةٍ فَأَمْكَنَ إثْبَاتُ حُكْمِ الْفَسْخِ فيه بِدُونِ الزِّيَادَةِ فَيُرَدُّ الْأَصْلُ وَيَنْفَسِخُ الْعَقْدُ فيه وَتَبْقَى الزِّيَادَةُ مَمْلُوكَةً لِلْمُشْتَرِي بِوُجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ فيها شَرْعًا فَتَطِيبُ له
هذا إذَا كانت الزِّيَادَةُ قَائِمَةً في يَدِ الْمُشْتَرِي فَأَمَّا إذَا كانت هَالِكَةً فَهَلَاكُهَا لَا يَخْلُو من أَنْ يَكُونَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي أو بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ فَإِنْ كان بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ له أَنْ يَرُدَّ الْأَصْلَ بِالْعَيْبِ وَتُجْعَلُ الزِّيَادَةُ كَأَنَّهَا لم تَكُنْ وَإِنْ كان بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي فَالْبَائِعُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ قَبِلَ وَرَدَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ لم يَقْبَلْ وَيَرُدَّ نُقْصَانَ الْعَيْبِ سَوَاءٌ كان حُدُوثُ ذلك أَوْجَبَ نُقْصَانًا في الْأَصْلِ أو

لم يُوجِبْ نُقْصَانًا فيه لِأَنَّ إتْلَافَ الزِّيَادَةِ بِمَنْزِلَةِ إتْلَافِ جُزْءٍ مُتَّصِلٍ بِالْأَصْلِ لِكَوْنِهَا مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ وَذَا يُوجِبُ الْخِيَارَ لِلْبَائِعِ وَإِنْ كان بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ ليس له أَنْ يَرُدَّ لِأَنَّهُ يَجِبُ ضَمَانُ الزِّيَادَةِ على الْأَجْنَبِيِّ فَيَقُومُ الضَّمَانُ مَقَامَ الْعَيْنِ فكان عَيْنَهُ قَائِمَةٌ فَيَمْتَنِعُ الرَّدُّ وَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يُفْسَخُ بِهِ الْعَقْدُ فَالْكَلَامُ هَهُنَا يَقَعُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ ما يَنْفَسِخُ بِهِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ شَرَائِطِ جَوَازِ الْفَسْخِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَوْعَانِ اخْتِيَارِيٌّ وَضَرُورِيٌّ فَالِاخْتِيَارِيُّ نَحْوُ قَوْلِهِ فَسَخْتُهُ أو نَقَضْتُهُ أو رَدَدْته وما هو في مَعْنَاهُ وَالضَّرُورِيُّ هَلَاكُ الْمَعْقُودِ عليه قبل الْقَبْضِ وَأَمَّا شَرَائِطُ جَوَازِ الْفَسْخِ فَمِنْهَا سُقُوطُ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَلْزَمُ بِسُقُوطِ الْخِيَارِ فَيَخْرُجُ عن احْتِمَالِ الْفَسْخِ
وَمِنْهَا عِلْمُ صَاحِبِهِ بِالْفَسْخِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا سَوَاءٌ كان بَعْدَ الْقَضَاءِ أو قَبْلَهُ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّؤْيَةِ وَهَلْ يُشْتَرَطُ له الْقَضَاءُ أو الرِّضَا إنْ كان قبل الْقَبْضِ لَا يُشْتَرَطُ له قَضَاءُ الْقَاضِي وَلَا رِضَا الْبَائِعِ وَإِنْ كان بَعْدَ الْقَبْضِ يُشْتَرَطُ له الْقَضَاءُ أو الرِّضَا وقد ذَكَرْنَا الْفَرْقَ فِيمَا تَقَدَّمَ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَتَضَمَّنَ الْفَسْخُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ على الْبَائِعِ قبل التَّمَامِ فَإِنْ تَضَمَّنَ لَا يَجُوزُ إلَّا أَنْ يَرْضَى بِهِ الْبَائِعُ لِأَنَّ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ على الْبَائِعِ قبل التَّمَامِ إضْرَارٌ بِهِ على ما نَذْكُرُ وَالضَّرَرُ وَاجِبُ الدَّفْعِ ما أَمْكَنَ إلَّا أَنْ يَرْضَى بِهِ الْبَائِعُ لِأَنَّ الضَّرَرَ الْمَرْضِيَّ بِهِ من جِهَةِ الْمُتَضَرِّرِ لَا يَجِبُ دَفْعُهُ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا وَجَدَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ مَعِيبًا فَأَرَادَ رَدَّ بَعْضِهِ دُونَ بَعْضٍ قبل الْقَبْضِ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمَبِيعَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ شيئا وَاحِدًا حَقِيقَةً وَتَقْدِيرًا كَالْعَبْدِ وَالثَّوْبِ وَالدَّارِ وَالْكَرْمِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ الْمُتَقَارِبِ في وِعَاءٍ وَاحِدٍ أو صُبْرَةٍ وَاحِدَةٍ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَشْيَاءَ مُتَعَدِّدَةً كَالْعَبْدَيْنِ وَالثَّوْبَيْنِ وَالدَّابَّتَيْنِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ في وِعَاءَيْنِ أو صُبْرَتَيْنِ وَكُلِّ شَيْئَيْنِ يُنْتَفَعُ بِأَحَدِهِمَا فِيمَا وُضِعَ له بِدُونِ الْآخَرِ
وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ شَيْئَيْنِ حَقِيقَةً وَشَيْئًا وَاحِدًا تَقْدِيرًا كَالْخُفَّيْنِ وَالنَّعْلَيْنِ وَالْمُكَعَّبَيْنِ

وَمِصْرَاعَيْ الْبَابِ وَكُلُّ شَيْءٍ لَا يُنْتَفَعُ بِأَحَدِهِمَا فِيمَا وُضِعَ له بِدُونِ الْآخَرِ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي قَبَضَ كُلَّ الْمَبِيعِ وَإِمَّا إن لم يَقْبِضْ شيئا منه وَإِمَّا إن قَبَضَ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ
وَالْحَادِثُ في الْمَبِيعِ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ عَيْبًا أو اسْتِحْقَاقًا
أَمَّا الْعَيْبُ فَإِنْ وَجَدَهُ بِبَعْضِ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ لِشَيْءٍ منه فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ رضي بِالْكُلِّ وَلَزِمَهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ الْكُلَّ وَلَيْسَ أَنْ يَرُدَّ الْمَعِيبَ خَاصَّةً بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ سَوَاءٌ كان الْمَبِيعُ شيئا وَاحِدًا أو أَشْيَاءَ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لَا تَمَامَ لها قبل الْقَبْضِ وَتَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ قبل تَمَامِهَا بَاطِلٌ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الصَّفْقَةَ لَا تَتِمُّ قبل الْقَبْضِ أَنَّ الْمَوْجُودَ قبل الْقَبْضِ أَصْلُ الْعَقْدِ وَالْمِلْكِ لَا صِفَةَ التَّأْكِيدِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَحْتَمَلُ الِانْفِسَاخُ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عليه وهو أَنَّهُ عَدَمُ التَّأْكِيدِ وإذا قَبَضَ وَقَعَ الْأَمْرُ عن الِانْفِسَاخِ بِالْهَلَاكِ فَكَانَ حُصُولُ التَّأْكِيدِ بِالْقَبْضِ وَالتَّأْكِيدُ

إثْبَاتٌ من وَجْهٍ أو له شُبْهَةُ الْإِثْبَاتِ وَكَذَا مِلْكُ التَّصَرُّفِ يَقِفُ على الْقَبْضِ فَيَدُلُّ على نُقْصَانِ الْمِلْكِ قبل الْقَبْضِ وَنُقْصَانُ الْمِلْكِ دَلِيلُ نُقْصَانِ الْعَقْدِ
وَكَذَا المشتري إذَا وَجَدَ بِالْمَبِيعِ عَيْبًا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ بِنَفْسِ الرَّدِّ من غَيْرِ الْحَاجَةِ إلَى قَضَاءِ الْقَاضِي وَلَا إلَى التَّرَاضِي
وَلَوْ كانت الصَّفْقَةُ تَامَّةً قبل الْقَبْضِ لَمَا احْتَمَلَ الِانْفِسَاخَ بِنَفْسِ الرَّدِّ كما بَعْدَ الْقَبْضِ فَيَثْبُتُ بِهَذِهِ الدَّلَائِلِ أَنَّ الصَّفْقَةَ لَيْسَتْ بِتَامَّةٍ قبل الْقَبْضِ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ على الْبَائِعِ قبل تَمَامِهَا أَنَّ التَّفْرِيقَ إضْرَارٌ بِالْبَائِعِ وَالضَّرَرُ وَاجِبُ الدَّفْعِ ما أَمْكَنَ وَبَيَانُ الضَّرَرِ أَنَّ الْمَبِيعَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ شيئا وَاحِدًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَشْيَاءَ حَقِيقَةً شيئا وَاحِدًا تَقْدِيرًا وَالتَّفْرِيقُ تَضَمَّنَ الشَّرِكَةَ وَالشَّرِكَةُ في الْأَعْيَانِ عَيْبٌ فَكَانَ التَّفْرِيقُ عَيْبًا وَأَنَّهُ عَيْبٌ زَائِدٌ لم يَكُنْ عِنْدَ الْبَائِعِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ الْبَائِعُ وَإِنْ كان الْمَبِيعُ أَشْيَاءَ فَالتَّفْرِيقُ يَتَضَمَّنُ ضَرَرًا آخَرَ وهو لُزُومُ الْبَيْعِ في الْجَيِّدِ بِثَمَنِ الرَّدِيءِ لِأَنَّ ضَمَّ الرَّدِيءِ إلَى الْجَيِّدِ وَالْجَمْعَ بَيْنَهُمَا في الصَّفْقَةِ من عَادَةِ التجارة (((التجار))) تَرْوِيجًا لِلرَّدِيءِ بِوَاسِطَةِ الْجَيِّدِ فَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يَرَى الْمُشْتَرِي الْعَيْبَ بِالرَّدِيءِ فَيَرُدَّهُ فَيَلْزَمَ الْبَيْعُ في الْجَيِّدِ بِثَمَنِ الرَّدِيءِ فيضرر (((فيتضرر))) بِهِ الْبَائِعُ فَدَلَّ أَنَّ في التَّفْرِيقِ ضَرَرًا فَيَجِبُ دَفْعُهُ ما أَمْكَنَ وَلِهَذَا لم يَجُزْ التَّفْرِيقُ في الْقَبُولِ بِأَنْ أصاب (((أضاف))) الْإِيجَابَ إلَى جملة فَقَبِلَ الْمُشْتَرِي في الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن الْبَائِعِ بِلُزُومِ حُكْمِ الْبَيْعِ في الْبَعْضِ من غَيْرِ إضَافَةِ الْإِيجَابِ إلَيْهِ لِأَنَّهُ ما أَوْجَبَ الْبَيْعَ إلَّا في الْجُمْلَةِ فَلَا يَصِحُّ الْقَبُولُ إلَّا في الْجُمْلَةِ لِئَلَّا يَزُولَ مِلْكُهُ من غَيْرِ إزَالَتِهِ فَيَتَضَرَّرَ بِهِ
على أَنَّ تَمَامَ الصَّفْقَةِ لَمَّا تَعَلَّقَ بِالْقَبْضِ كان الْقَبْضُ في مَعْنَى الْقَبُولِ من وَجْهٍ فَكَانَ رَدُّ الْبَعْضِ وَقَبْضُ الْبَعْضِ تَفْرِيقًا في الْقَبُولِ من (((ومن))) وَجْهٍ فَلَا يَمْلِكُ إلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ بِرَدِّ الْمَعِيبِ عليه فَيَأْخُذَهُ وَيَدْفَعَ حِصَّتَهُ من الثَّمَنِ فَيَجُوزَ وَيَأْخُذَ الْمُشْتَرِي الْبَاقِيَ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ كان لِدَفْعِ الضَّرَرِ عنه نَظَرًا له فإذا رضي له (((به))) فلم يَنْظُرْ لِنَفْسِهِ
وَإِنْ كان الْمُشْتَرِي قَبَضَ بَعْضَ الْمَبِيعِ دُونَ الْبَعْضِ فَوَجَدَ بِبَعْضِهِ عَيْبًا فَكَذَلِكَ لَا يَمْلِكُ رَدَّ الْمَعِيبِ خَاصَّةً بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ سَوَاءٌ كان الْمَبِيعُ شيئا وَاحِدًا أو أَشْيَاءَ وَسَوَاءٌ وَجَدَ الْعَيْبَ بِغَيْرِ الْمَقْبُوضِ أو بِالْمَقْبُوضِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لَا تَتِمُّ إلَّا بِقَبْضِ جَمِيعِ الْمَعْقُودِ عليه فَكَانَ رَدُّ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ قبل التَّمَامِ وإنه بَاطِلٌ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ إذَا وَجَدَ الْعَيْبَ بِغَيْرِ الْمَقْبُوضِ فَكَذَلِكَ فَأَمَّا إذَا وَجَدَ بِالْمَقْبُوضِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ خَاصَّةً بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ فَهُوَ نَظَرَ إلَى الْمَعِيبِ مِنْهُمَا أَيُّهمَا كان وَاعْتَبَرَ الْآخَرَ بِهِ فَإِنْ كان الْمَعِيبُ غير الْمَقْبُوضِ اُعْتُبِرَ الْآخَرُ غير مَقْبُوضٍ فَكَأَنَّهُمَا لم يَقْبِضَا جميعا وَإِنْ كان الْمَعِيبُ مَقْبُوضًا اُعْتُبِرَ الْآخَرُ مَقْبُوضًا فَكَأَنَّهُ قَبَضَهُمَا جميعا لَكِنَّ هذا الِاعْتِبَارَ ليس بِسَدِيدٍ لِأَنَّهُ في حَدِّ التَّعَارُضِ إذْ ليس اعْتِبَارُ غَيْرِ الْمَعِيبِ بِالْمَعِيبِ في الْقَبْضِ وَعَدَمِهِ أَوْلَى من اعْتِبَارِ الْمَعِيبِ بِغَيْرِ الْمَعِيبِ في الْقَبْضِ بَلْ هذا أَوْلَى لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبْضِ وَالْعَمَلُ بِالْأَصْلِ عِنْدَ التَّعَارُضِ أَوْلَى
هذا إذَا كان الْمُشْتَرِي لم يَقْبِضْ شيئا من الْمَبِيعِ أو قَبَضَ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ فَإِنْ كان قَبَضَ الْكُلَّ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَإِنْ كان الْمَبِيعُ شيئا وَاحِدًا حَقِيقَةً وَتَقْدِيرًا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إنْ شَاءَ رضي بِالْكُلِّ بِكُلِّ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ الْكُلَّ وَاسْتَرَدَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ وَلَيْسَ له أَنْ يَرُدَّ قَدْرَ الْمَعِيبِ خَاصَّةً بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ فيه إلْزَامَ عَيْبِ الشَّرِكَةِ وإنها عَيْبٌ حَادِثٌ مَانِعٌ من الرَّدِّ

وَإِنْ كان أَشْيَاءَ حَقِيقَةً شيئا وَاحِدًا تَقْدِيرًا فَكَذَلِكَ لِأَنَّ إفْرَادَ أَحَدِهِمَا بِالرَّدِّ إضرارا (((إضرار))) بِالْبَائِعِ إذْ لَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِأَحَدِهِمَا فِيمَا وُضِعَ له بِدُونِ الْآخَرِ فَكَانَا فِيمَا وُضِعَا له من الْمَنْفَعَةِ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ فَكَانَ الْمَبِيعُ شيئا

وَاحِدًا من حَيْثُ الْمَعْنَى فَبِالرَّدِّ تَثْبُتُ الشَّرِكَةُ من حَيْثُ الْمَعْنَى وَالشَّرِكَةُ في الْأَعْيَانِ عَيْبٌ وإذا كان لَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِأَحَدِهِمَا بِدُونِ صَاحِبِهِ فِيمَا وُضِعَ له كان التَّفْرِيقُ تعييبا فَيَعُودُ الْمَبِيعُ إلَى الْبَائِعِ بِعَيْبٍ زَائِدٍ حَادِثٍ لم يَكُنْ عِنْدَهُ وَإِنْ كان أَشْيَاءَ حَقِيقَةً وَتَقْدِيرًا فَلَيْسَ له أَنْ يَرُدَّ الْكُلَّ إلَّا عِنْدَ التَّرَاضِي وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ الْمَعِيبَ خَاصَّةً بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ ليس له ذلك بَلْ يَرُدُّهُمَا أو يُمْسِكُهُمَا

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ في التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا في الرَّدِّ إضْرَارًا بِالْبَائِعِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ ضَمَّ الرَّدِيءِ إلَى الْجَيِّدِ في الْبَيْعِ من عَادَةِ التُّجَّارِ لِيُرَوِّجَ الرَّدِيءَ بِوَاسِطَةِ الْجَيِّدِ وقد يَكُونُ الْعَيْبُ بِالرَّدِيءِ فَيَرُدُّهُ على الْبَائِعِ وَيَلْزَمُهُ الْبَيْعُ في الْجَيِّدِ بِثَمَنِ الرَّدِيءِ وَهَذَا إضْرَارٌ بِالْبَائِعِ وَلِهَذَا امْتَنَعَ الرَّدُّ قبل الْقَبْضِ فَكَذَا هذا

وَلَنَا أَنَّ ما ثَبَتَ له حَقُّ الرَّدِّ وُجِدَ في أَحَدِهِمَا فَكَانَ له أَنْ يَرُدَّ أَحَدَهُمَا وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ الرَّدِّ إنَّمَا يَثْبُتُ لِفَوَاتِ السَّلَامَةِ الْمَشْرُوطَةِ في الْعَقْدِ دَلَالَةً وَالثَّابِتَةِ مُقْتَضَى الْعَقْدِ على ما بَيَّنَّا وَالسَّلَامَةُ فَاتَتْ في أَحَدِهِمَا فَكَانَ له رَدُّهُ خَاصَّةً فَلَوْ امْتَنَعَ الرَّدُّ إنَّمَا يَمْتَنِعُ لِتَضَمُّنِهِ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ وَتَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ بَاطِلٌ قبل التَّمَامِ لَا بَعْدَهُ وَالصَّفْقَةُ قد تَمَّتْ بِقَبْضِهِمَا فَزَالَ الْمَانِعُ

وَأَمَّا قَوْلُهُمَا يَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ بِرَدِّ الرَّدِيءِ خَاصَّةً فَنَعَمْ لَكِنَّ هذا ضَرَرٌ مَرْضِيٌّ بِهِ من جِهَتِهِ لِأَنَّ إقْدَامَهُ على بَيْعِ الْمَعِيبِ وَتَدْلِيسِ الْعَيْبِ مع عِلْمِهِ أَنَّ الظَّاهِرَ من حَالِ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَرْضَى بِالْعَيْبِ دَلَالَةُ الرضي (((الرضا))) بِالرَّدِّ بِخِلَافِ ما قبل الْقَبْضِ لِأَنَّهُ لَا تَمَامَ لِلْعَقْدِ قبل الْقَبْضِ فَلَا يَكُونُ قبل الْقَبْضِ دَلَالَةَ الرِّضَا بِالرَّدِّ فَكَانَ الرَّدُّ ضَرَرًا غير مَرْضِيٍّ بِهِ فَيَجِبُ دَفْعُهُ وَهَذَا بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَمْلِكُ رَدَّ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ سَوَاءٌ قَبَضَ الْكُلَّ أو لم يَقْبِضْ شيئا أو قَبَضَ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ وَسَوَاءٌ كان الْمَعْقُودُ عليه شيئا وَاحِدًا أو أَشْيَاءَ لِأَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ وَالرُّؤْيَةِ يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرُدُّهُ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا سَوَاءٌ كان قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ

وَلَوْ تَمَّتْ الصَّفْقَةُ لَمَا احْتُمِلَ الرَّدُّ إلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي أو التَّرَاضِي دَلَّ أَنَّ هذا الْخِيَارَ يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ وَلَا يَجُوزُ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ قبل التَّمَامِ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ وَلَوْ قال الْمُشْتَرِي أنا أَمْسِكُ الْمَعِيبَ وَآخُذُ النُّقْصَانَ ليس له ذلك لِأَنَّ قَوْلَهُ أَمْسِكُ الْمَعِيبَ دَلَالَةُ الرِّضَا بِالْمَعِيبِ وَأَنَّهُ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالنُّقْصَانِ

وَكَذَلِكَ لو كان الْمَبِيعُ أَشْيَاءَ فَوَجَدَ بِالْكُلِّ عَيْبًا فَأَرَادَ رَدَّ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ أَنَّ الْمَرْدُودَ إنْ كان مِمَّا لو كان الْعَيْبُ بِهِ وَحْدَهُ لَكَانَ له رَدُّهُ وَحْدَهُ كَالْعَبْدَيْنِ وَالثَّوْبَيْنِ فَلَهُ ذلك لِأَنَّهُ إذَا أَمْسَكَ الْبَعْضَ فَقَدْ رضي بعيبه (((بعينه))) فَبَطَلَ حَقُّ الرَّدِّ فيه لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ صِفَةَ السَّلَامَةِ لم تَكُنْ مَشْرُوطَةً وَلَا مُسْتَحَقَّةً بِالْعَقْدِ فيه فَصَارَ كَأَنَّهُ كان صَحِيحًا في الْأَصْلِ وَوَجَدَ بِالْآخَرِ عَيْبًا فَيَرُدُّهُ وَإِنْ كان الْمَرْدُودُ مِمَّا لو كان الْعَيْبُ بِهِ وَحْدَهُ لَكَانَ لَا يَرُدُّهُ كَالْخُفَّيْنِ وَالنَّعْلَيْنِ وَنَحْوِهِمَا ليس له ذلك لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ التَّفْرِيقَ بَيْنَهُمَا تَعْيِيبٌ

وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ فَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا قبل الْقَبْضِ فَقَبَضَ الْمَعِيبَ وهو عَالِمٌ بِالْعَيْبِ لم يَكُنْ له أَنْ يَرُدَّ وَسَقَطَ خِيَارُهُ وَلَزِمَهُ الْعَبْدَانِ لِأَنَّ قَبْضَ الْمَعِيبِ مع الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ دَلِيلُ الرِّضَا وَلِلْقَبْضِ شَبَهٌ بِالْعَقْدِ فَكَانَ الرِّضَا بِهِ عِنْدَ الْقَبْضِ كَالرِّضَا بِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ
وَلَوْ رضي بِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ يَسْقُطُ خِيَارُهُ فَلَزِمَاهُ جميعا كَذَا هذا وَلَوْ قَبَضَ الصَّحِيحَ مِنْهُمَا وَلَوْ كَانَا مَعِيبَيْنِ فَقَبَضَ أَحَدَهُمَا لم يَسْقُطْ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ قَبَضَ بَعْضَ الْمَعْقُودِ عليه وَالصَّفْقَةُ لَا تَتِمُّ بِقَبْضِ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عليه وَإِنَّمَا تَتِمُّ بِقَبْضِ الْكُلِّ فَلَوْ لَزِمَهُ الْعَقْدُ في الْمَقْبُوضِ دُونَ الْآخَرِ لَتَفَرَّقَتْ الصَّفْقَةُ على الْبَائِعِ قبل التَّمَامِ وَتَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ قبل التَّمَامِ بَاطِلٌ وَلَا يُمْكِنُ إسْقَاطُ حَقِّهِ عن غَيْرِ الْمَقْبُوضِ لِأَنَّهُ لم يَرْضَ بِهِ فَبَقِيَ له الْخِيَارُ على ما كان وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الِاسْتِحْقَاقُ فَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضَ الْمَعْقُودِ عليه قبل الْقَبْضِ ولم يجن
(((يجز))) الْمُسْتَحَقُّ بَطَلَ الْعَقْدُ في الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ ذلك الْقَدْرَ لم يَكُنْ مِلْكَ الْبَائِعِ ولم تُوجَدْ الْإِجَازَةُ من الْمَالِكِ فَبَطَلَ وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ في الْبَاقِي إنْ شَاءَ رضي بِهِ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ سَوَاءٌ كان اسْتِحْقَاقُ ما اسْتَحَقَّهُ يُوجِبُ الْعَيْبَ في الْبَاقِي أو لَا يُوجِبُ لِأَنَّهُ إذَا لم يَرْضَ الْمُسْتَحِقُّ فَقَدَ تَفَرَّقَتْ الصَّفْقَةُ على الْمُشْتَرِي قبل التَّمَامِ فَصَارَ كَعَيْبٍ ظَهَرَ بِالسِّلْعَةِ قبل الْقَبْضِ وَذَلِكَ يُوجِبُ الْخِيَارَ فَكَذَا هذا
وأن كان الِاسْتِحْقَاقُ بَعْدَ قَبْضِ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ سَوَاءٌ وَرَدَ الِاسْتِحْقَاقُ على الْمَقْبُوضِ وَعَلَى غَيْرِ الْمَقْبُوضِ فَإِنْ كان قَبَضَ الْكُلَّ ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ بَطَلَ الْبَيْعُ في الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ لِمَا قُلْنَا
ثُمَّ يَنْظُرُ إنْ كان اسْتِحْقَاقُ ما اسْتَحَقَّ يُوجِبُ الْعَيْبَ في الْبَاقِي بِأَنْ كان الْمَعْقُودُ عليه شيئا وَاحِدًا حَقِيقَةً وَتَقْدِيرًا

كَالدَّارِ وَالْكَرْمِ وَالْأَرْضِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِهَا فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ في الْبَاقِي إنْ شَاءَ رضي بِهِ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ في الْأَعْيَانِ عَيْبٌ
وَكَذَلِكَ أن كان الْمَعْقُودُ عليه شَيْئَيْنِ من حَيْثُ الصُّورَةُ شيئا وَاحِدًا من حَيْثُ الْمَعْنَى فَاسْتَحَقَّ أَحَدَهُمَا فَلَهُ الْخِيَارُ في الْبَاقِي وَإِنْ كان اسْتِحْقَاقُ ما اسْتَحَقَّ لَا يُوجِبُ الْعَيْبَ في الْبَاقِي بِأَنْ كان الْمَعْقُودُ عليه شَيْئَيْنِ صُورَةً وَمَعْنًى كَالْعَبْدَيْنِ فَاسْتَحَقَّ أَحَدَهُمَا أو كان صُبْرَةَ حِنْطَةٍ أو جُمْلَةَ وزنى فَاسْتَحَقَّ بَعْضَهُ فإنه يَلْزَمُ الْمُشْتَرِي الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ في تَبْعِيضِهِ فلم يَكُنْ له خِيَارُ الرَّدِّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ وما لَا يَمْنَعُ فَالْكَلَامُ في حَقِّ الرُّجُوعِ بِالنُّقْصَانِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ شَرَائِطِ ثُبُوتِ حَقِّ الرُّجُوعِ وَالثَّانِي في بَيَانِ ما يَبْطُلُ بِهِ هذا الْحَقُّ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وما لَا يَبْطُلُ
أَمَّا الشَّرَائِطُ فَمِنْهَا امْتِنَاعُ الرَّدِّ وَتَعَذُّرُهُ فَلَا يَثْبُتُ مع إمْكَانِ الرَّدِّ حتى لو وَجَدَ بِهِ عَيْبًا ثُمَّ أَرَادَ الْمُشْتَرِي أَنْ يُمْسِكَ الْمَبِيعَ مع إمْكَانِ رَدِّهِ على الْبَائِعِ وَيَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ ليس له ذلك لِأَنَّ حَقَّ الرُّجُوعِ بِالنُّقْصَانِ كَالْخُلْفِ عن الرَّدِّ وَالْقُدْرَةُ على الْأَصْلِ تَمْنَعُ الْمَصِيرَ إلَى الْخُلْفِ
وَلِأَنَّ إمْسَاكَ الْمَبِيعِ الْمَعِيبِ مع عِلْمِهِ بالعيب دَلَالَةُ الرِّضَا بِالْعَيْبِ وَالرِّضَا

بِالْعَيْبِ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالنُّقْصَانِ كما يَمْنَعُ الرَّدَّ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ امْتِنَاعُ الرَّدِّ لَا من قِبَلِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كان من قِبَلِهِ لَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حَابِسًا الْمَبِيعَ بِفِعْلِهِ مُمْسِكًا عن الرَّدِّ وَهَذَا يُوجِبُ بُطْلَانَ الْحَقِّ أَصْلًا وَرَأْسًا
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ أو انْتَقَصَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ في الْهَلَاكِ لِضَرُورَةِ فَوَاتِ الْمَحَلِّ وفي النُّقْصَانِ لِأَمْرٍ يَرْجِعُ إلَى الْبَائِعِ وهو دَفْعُ ضَرَرٍ زَائِدٍ يَلْحَقُهُ بِالرَّدِّ
أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْبَائِعِ أَنْ يَقُولَ أنا أَقْبَلُهُ مع النُّقْصَانِ فَادْفَعْ إلَيْك جَمِيعَ الثَّمَنِ وإذا كان امْتِنَاعُ الرَّدِّ لِأَمْرٍ يَرْجِعُ إلَيْهِ وهو لُزُومُ الضَّرَرِ إيَّاهُ بِالرَّدِّ فإذا دَفَعَ الضَّرَرَ عنه بِامْتِنَاعِ الرَّدِّ لَا بُدَّ من دَفْعِ الضَّرَرِ عن الْمُشْتَرِي بِالرُّجُوعِ بِالنُّقْصَانِ وَسَوَاءٌ كان النُّقْصَانُ يَرْجِعُ إلَى الذَّاتِ بِفَوَاتِ جُزْءٍ من الْعَيْنِ أو لَا يَرْجِعُ إلَيْهِ كما إذَا كان الْمَبِيعُ جَارِيَةً ثَيِّبًا فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِي أو قَبَّلَهَا بِشَهْوَةٍ ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ لِأَنَّ الرَّدَّ امْتَنَعَ لَا من قِبَلِ الْمُشْتَرِي بَلْ من قِبَلِ الْبَائِعِ
أَلَا تَرَى أَنَّ له أَنْ يُقَبِّلَهَا موطوء (((موطوءة))) وَلَوْ كان لها زَوْجٌ عِنْدَ الْبَائِعِ فَوَطِئَهَا زَوْجُهَا في يَدِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كان زَوْجُهَا قد وَطِئَهَا في يَدِ الْبَائِعِ لم يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ هذا الْوَطْءَ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ وَإِمْكَانُ الرَّدِّ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالنُّقْصَانِ وَإِنْ كان لم يَطَأْهَا عِنْدَ الْبَائِعِ فَوَطِئَهَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كانت بِكْرًا يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ وَطْءَ الْبِكْرِ يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ لِأَنَّهُ يُوجِبُ نُقْصَانَ الْعَيْنِ بِإِزَالَةِ الْعُذْرَةِ وَالِامْتِنَاعُ هَهُنَا ليس لِمَعْنًى من قِبَلِ الْمُشْتَرِي بَلْ من قِبَلِ الْبَائِعِ فَلَا يُمْنَعُ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ وَإِنْ كانت ثَيِّبًا لم يذكر في الْأَصْلِ أَنَّهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ أَمْ لَا وَقِيلَ لَا يَمْنَعُ فَلَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ مع إمْكَانِ الرَّدِّ
وَكَذَا لو كان الْمَبِيعُ قَائِمًا حَقِيقَةً هَالِكًا تَقْدِيرًا بِأَنْ أعطى له حُكْمُ الْهَلَاكِ كما إذَا كان الْمَبِيعُ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ وَخَاطَهُ أو حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أو دَقِيقًا فَخَبَزَهُ أو لَحْمًا فَشَوَاهُ فإنه يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ في هذه الْمَوَاضِعِ من قِبَلِ الْبَائِعِ وَلَوْ حَدَثَ في الْمَبِيعِ أو بِسَبَبِهِ زِيَادَةٌ مَانِعَةٌ من الرَّدِّ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ وَاللَّبَنِ وَالْأَرْشِ وَالْعُقْرِ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ هَهُنَا لَا من قِبَلِ الْمُشْتَرِي بَلْ من قِبَلِ الشَّرْعِ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ لو رَدَّ الْأَصْلَ بِدُونِ الزِّيَادَةِ لَبَقِيَتْ الزِّيَادَةُ مَبِيعًا مَقْصُودًا بِلَا ثَمَنٍ وَهَذَا تَفْسِيرُ الرِّبَا في مُتَعَارَفِ الشَّرْعِ وَحُرْمَةُ الرِّبَا تَثْبُتُ حَقًّا لِلشَّرْعِ وَلِهَذَا لو تَرَاضَيَا على الرَّدِّ لَا يقضي بِالرَّدِّ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ الثَّابِتَةَ حَقًّا لِلشَّرْعِ لَا تَسْقُطُ بِرِضَا الْعَبْدِ
وإذا كان امْتِنَاعُ الرَّدِّ لِمَعْنًى يَرْجِعُ إلَى الشَّرْعِ لَا إلَى الْمُشْتَرِي بَقِيَ حَقُّ الْمُشْتَرِي في وَصْفِ السَّلَامَةِ وَاجِبَ الرِّعَايَةِ فَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ جَبْرًا لِحَقِّهِ وَلَوْ كان الزِّيَادَةُ الْمَانِعَةُ سَمْنًا أو عَسَلًا لَتَّهُ بِسَوِيقٍ أو عصفر
(((عصفرا))) أو زَعْفَرَانًا صَبَغَ بِهِ الثَّوْبَ أو بِنَاءً على الْأَرْضِ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ التَّعَذُّرَ ليس من قِبَلِ الْمُشْتَرِي وَلَا من قِبَلِ الْبَائِعِ بَلْ من قِبَلِ الشَّرْعِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ ليس لِلْبَائِعِ أَنْ يَقُولَ أنا آخُذُهُ كَذَلِكَ وَتَعَذُّرُ الرَّدِّ لِحَقِّ الشَّرْعِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالنُّقْصَانِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي أو وَهَبَهُ ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ لم يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ هَهُنَا من قِبَلِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ بِالْبَيْعِ صَارَ مُمْسِكًا عن الرَّدِّ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ قام مَقَامَهُ فَصَارَ مُبْطِلًا لِلرَّدِّ الذي هو الْحَقُّ فَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ
وَكَذَلِكَ لو كَاتَبَهُ لِأَنَّهَا تُوجِبُ صَيْرُورَةَ الْعَبْدِ حُرًّا يَدًا فَصَارَ بِالْكِتَابَةِ مُمْسِكًا عن الرَّدِّ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ وَكَذَلِكَ لو أَعْتَقَهُ على مَالٍ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا

لِأَنَّ الاعتاق على مَالٍ في حَقِّ الْمُعْتِقِ في مَعْنَى الْبَيْعِ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْعِوَضَ بِمُقَابَلَتِهِ وَالْبَيْعُ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالنُّقْصَانِ
كَذَا هذا
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ وَلَوْ أَعْتَقَهُ على غَيْرِ مَالٍ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَرْجِعَ وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وفي الِاسْتِحْسَانِ يَرْجِعُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الرَّدَّ امْتَنَعَ بِفِعْلِهِ وهو الْإِعْتَاقُ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ أن الْكِتَابَةَ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ تَعَذُّرَ الرَّدِّ هَهُنَا ليس من قِبَلِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ ليس بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ بَلْ الْمِلْكُ يَنْتَهِي بِالْإِعْتَاقِ وَهَذَا لِأَنَّ الْأَصْلَ في الْآدَمِيِّ عَدَمُ الْمِلْكِ وَالْمَالِيَّةِ إذْ الْأَصْلُ فيه أَنْ يَكُونَ حُرًّا لِأَنَّ الناس كُلَّهُمْ أَوْلَادُ آدَمَ وَحَوَّاءَ عَلَيْهِمَا الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْمُتَوَلِّدُ من الْحُرَّيْنِ يَكُونُ حُرًّا إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ ضَرَبَ الْمِلْكَ وَالْمَالِيَّةَ عليه بِعَارِضِ الْكُفْرِ مُؤَقَّتًا إلَى غَايَةِ الْإِعْتَاقِ وَالْمُؤَقَّتُ إلَى غَايَةٍ يَنْتَهِي عِنْدَ وُجُودِ الْغَايَةِ فَيَنْتَهِي الْمِلْكُ وَالْمَالِيَّةُ عِنْدَ الْإِعْتَاقِ فَصَارَ كما لو انْتَهَى بِالْمَوْتِ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْإِعْتَاقَ ليس بِحَبْسٍ بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ ما أَخَذَ الْعِوَضَ فَقَدْ أَقَامَ الْمُشْتَرِي مَقَامَ نَفْسِهِ فَكَأَنَّهُ اسْتَبْقَاهُ على مِلْكِهِ فَصَارَ حَابِسًا إيَّاهُ بِفِعْلِهِ مُمْسِكًا عن الرَّدِّ فلم يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ
وَكَذَلِكَ لو دَبَّرَهُ أو اسْتَوْلَدَهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ الرَّدَّ لم يَمْتَنِعْ من قِبَلِ الْمُشْتَرِي بَلْ من قِبَلِ الشَّرْعِ
وَلَوْ قَتَلَهُ الْمُشْتَرِي لم يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ لِأَنَّ الْمَقْتُولَ مَيِّتٌ بِأَجَلِهِ فَتَنْتَهِي حَيَاتُهُ عِنْدَ الْقَتْلِ كما تَنْتَهِي عِنْدَ الْمَوْتِ فَصَارَ كما لو مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ وَهُنَاكَ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ
كَذَا هَهُنَا
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ فَوَاتَ الْحَيَاةِ إنْ لم يَكُنْ أَثَرُ فِعْلِ الْقَاتِلِ حَقِيقَةً فَهُوَ أَثَرُ فِعْلِهِ عَادَةً فَجُعِلَ في حَقِّ الْقَاتِلِ كَأَنَّهُ تَفْوِيتُ الْحَيَاةِ حَقِيقَةً وَإِزَالَتُهَا وَإِنْ كان انْتِهَاءً حَقِيقَةً كَالْإِعْتَاقِ على مَالٍ إنه أُلْحِقَ بِالْبَيْعِ في حَقِّ الْمُعْتِقِ وَإِنْ لم يَكُنْ كَذَلِكَ في حَقِّ الْعَبْدِ فَصَارَ حَابِسًا لِلْعَبْدِ بِصُنْعِهِ مُمْسِكًا
وَلَوْ كان الْمَبِيعُ طَعَامًا فَأَكَلَهُ الْمُشْتَرِي أو ثَوْبًا فَلَبِسَهُ حتى تَخَرَّقَ لم يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَرْجِعُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ أَكْلَ الطَّعَامِ وَلُبْسَ الثَّوْبِ اسْتِعْمَالُ الشَّيْءِ فِيمَا وُضِعَ له وإنه انْتِفَاعٌ لَا إتْلَافٌ بِخِلَافِ الْقَتْلِ فإنه إزَالَةُ الْحَيَاةِ في حَقِّ الْقَاتِلِ فَكَانَ حَبْسًا وَإِمْسَاكًا
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِأكل (((بأكل))) الطَّعَامِ وَلُبْسِ الثَّوْبِ أَخْرَجَهُمَا عن مِلْكِهِ حَقِيقَةً إذْ الْمِلْكُ فِيهِمَا ثَبَتَ مُطْلَقًا لَا مُؤَقَّتًا بِخِلَافِ الْعَبْدِ فَأَشْبَهَ الْقَتْلَ
وَلَوْ اُسْتُهْلِكَ الطَّعَامُ أو الثَّوْبُ بِسَبَبٍ آخَرَ وَرَاءَ الْأَكْلِ وَاللُّبْسِ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا لم يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ اسْتِهْلَاكَهُمَا في غَيْرِ ذلك الْوَجْهِ إبْطَالٌ مَحْضٌ فَيُشْبِهُ الْقَتْلَ
وَلَوْ أَكَلَ بَعْضَ الطَّعَامِ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا ليس له أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِيَ وَلَا أَنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الطَّعَامَ كُلَّهُ شَيْءٌ وَاحِدٌ بِمَنْزِلَةِ الْعَبْدِ وقد امْتَنَعَ

رَدُّ بَعْضِهِ بِمَعْنًى من قِبَلِ الْمُشْتَرِي فَيَبْطُلُ حَقُّهُ أَصْلًا في الرَّدِّ وَالرُّجُوعِ كما لو بَاعَ بَعْضَ الطَّعَامِ دُونَ بَعْضٍ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال يَرُدُّ الْبَاقِي وَيَرْجِعُ بِأَرْشِ الْكُلِّ الْمَأْكُولِ وَالْبَاقِي إلَّا إذَا رضي الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ

وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قال يَرُدُّ الْبَاقِي وَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ فِيمَا أَكَلَ لِأَنَّهُ ليس في تَبْعِيضِ الطَّعَامِ ضَرَرٌ فَيُمْكِنُ رَدُّ الْبَعْضِ فيه دُونَ الْبَعْضِ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَمْتَنِعَ عن ذلك وَبِهِ كان يُفْتِي الْفَقِيهُ أبو جَعْفَرٍ وهو اخْتِيَارُ الْفَقِيهِ أبي اللَّيْثِ

ولو بَاعَ بَعْضَ الطَّعَامِ دُونَ الْبَعْضِ لم يَرُدَّ الْبَاقِي وَلَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ يَرُدُّ الْبَاقِي وَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ إلَّا إذَا رضي الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ

وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ وَالرُّجُوعَ بِالنُّقْصَانِ لِأَجْلِ الْبَيْعِ وَأَنَّهُ وُجِدَ في الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ فَيَمْتَنِعُ في الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ يَكُونَ الِامْتِنَاعُ بِقَدْرِ الْمَانِعِ

وَلَنَا ما ذَكَرْنَا أَنَّ الطَّعَامَ كُلَّهُ شَيْءٌ وَاحِدٌ كَالْعَبْدِ فَالِامْتِنَاعُ في الْبَعْضِ لِمَعْنًى من قِبَلِ الْمُشْتَرِي يُوجِبُ الِامْتِنَاعَ في الْكُلِّ

وَلَوْ كان الْمَبِيعُ دَارًا فَبَنَاهَا مَسْجِدًا ثُمَّ اطَّلَعَ على عَيْبٍ لم يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّهُ لَمَّا بَنَاهَا مَسْجِدًا فَقَدْ أَخْرَجَهَا عن مِلْكِهِ فَصَارَ كما لو بَاعَهَا

وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا وَكَفَّنَ بِهِ مَيِّتًا ثُمَّ اطَّلَعَ على عَيْبٍ بِهِ فَإِنْ كان الْمُشْتَرِي وَارِثَ الْمَيِّتِ وقد اشْتَرَى من التَّرِكَةِ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ الْمِلْكَ في الْكَفَنِ لم يَثْبُتْ لِلْمُشْتَرِي وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْمَيِّتِ لِأَنَّ الْكَفَنَ من الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ لِلْمَيِّتِ وقد امْتَنَعَ رَدُّهُ بِالْعَيْبِ لَا من قِبَلِ الْمُشْتَرِي فَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ وَإِنْ كان الْمُشْتَرِي أَجْنَبِيًّا فَتَبَرَّعَ بِالْكَفَنِ لم يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ الْمِلْكَ في المشتري وَقَعَ له فإذا كَفَّنَ بِهِ فَقَدْ أَخْرَجَهُ عن مِلْكِهِ بِالتَّكْفِينِ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَمِنْهَا عَدَمُ وُصُولِ عِوَضِ الْمَبِيعِ إلَى الْمُشْتَرِي مع تَعَذُّرِ الرَّدِّ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَإِنْ وَصَلَ إلَيْهِ عِوَضُهُ بِأَنْ قَتَلَهُ أَجْنَبِيٌّ في يَدِهِ خَطَأً لَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ وَإِنْ تَعَذَّرَ رَدُّهُ على الْبَائِعِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّهُ لم يَصِلْ إلَيْهِ حَقِيقَةُ الْعَيْبِ وَإِنَّمَا وَصَلَ إلَيْهِ قِيمَةُ الْمَعِيبِ فَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ بِمِقْدَارِ الْعَيْبِ

وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ لَمَّا وَصَلَ إلَيْهِ قِيمَتُهُ قَامَتْ الْقِيمَةُ مَقَامَ الْعَيْنِ فَكَأَنَّهَا قَائِمَةٌ في يَدِهِ لَمَّا وَصَلَ إلَيْهِ عِوَضُهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاعَهُ

وَلَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اطَّلَعَ على عَيْبٍ بِهِ لم يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ

كَذَا هذا

وَمِنْهَا عَدَمُ الرِّضَا بِالْعَيْبِ صَرِيحًا وَدَلَالَةً وَهِيَ أَنْ يَتَصَرَّفَ في الْمَبِيعِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ تَصَرُّفًا يَدُلُّ على الرِّضَا بِالْعَيْبِ فإن ذلك يَمْنَعُ ثُبُوتَ حَقِّ الرَّدِّ وَالرُّجُوعِ جميعا وقد ذَكَرْنَا التَّصَرُّفَاتِ التي هِيَ دَلِيلُ الرِّضَا بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ فِيمَا تَقَدَّمَ

وَلَوْ لم يَعْلَمْ بِالْعَيْبِ حتى تَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفًا يَمْنَعُ الرَّدَّ ثُمَّ عَلِمَ فَإِنْ كان التَّصَرُّفُ مما لَا يُخْرِجُ السِّلْعَةَ عن مِلْكِهِ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ إلَّا الْكِتَابَةَ لِانْعِدَامِ دَلَالَةِ الرِّضَا وفي الْكِتَابَةِ يَرْجِعُ لِأَنَّهَا في مَعْنَى الْبَيْعِ على ما مَرَّ وَإِنْ كان التَّصَرُّفُ مِمَّا يُخْرِجُ السِّلْعَةَ عن مِلْكِهِ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ لَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ إلَّا الْإِعْتَاقُ لَا على مَالٍ اسْتِحْسَانًا على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَأَمَّا بَيَانُ ما يَبْطُلُ بِهِ حَقُّ الرُّجُوعِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وما لَا يَبْطُلُ فَحَقُّ الرُّجُوعِ يَبْطُلُ بِصَرِيحِ الْإِبْطَالِ وما يَجْرِي مَجْرَى الصَّرِيحِ نحو قَوْلِهِ أَبْطَلْته أو أَسْقَطْته أو أَبْرَأْتُك عنه وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى لِأَنَّ خِيَارَ الرُّجُوعِ حَقُّهُ كَخِيَارِ الرَّدِّ لِثُبُوتِهِ بِالشَّرْطِ وَهِيَ السَّلَامَةُ الْمَشْرُوطَةُ في الْعَقْدِ دَلَالَةً بِخِلَافِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ

وَالْإِنْسَانُ بِسَبِيلٍ من التَّصَرُّفِ في حَقِّهِ اسْتِيفَاءً وَإِسْقَاطًا وَيَسْقُطُ أَيْضًا بِالرِّضَا بِالْعَيْبِ وهو نَوْعَانِ صَرِيحٌ وما يَجْرِي مَجْرَى الصَّرِيحِ وَدَلَالَةٌ فَالصَّرِيحُ هو أَنْ يَقُولَ رَضِيت بِالْعَيْبِ الذي بِهِ أو اخْتَرْت أو أَجَزْت الْبَيْعَ وما يَجْرِي مَجْرَاهُ وَالدَّلَالَةُ هِيَ أَنْ يَتَصَرَّفَ في الْمَبِيعِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ تَصَرُّفًا يَدُلُّ على الرِّضَا بِالْعَيْبِ كما إذَا انْتَقَصَ الْمَبِيعُ في يَدِ الْمُشْتَرِي وَامْتَنَعَ الرَّدُّ بِسَبَبِ النُّقْصَانِ وَوَجَبَ الْأَرْشُ ثُمَّ تَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفًا أَخْرَجَهُ عن مِلْكِهِ بِأَنْ بَاعَهُ أو وَهَبَ وسلم أو أَعْتَقَ أو دَبَّرَ أو اسْتَوْلَدَ مع الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ الْمُخْرِجَ عن الْمِلْكِ مع الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ دَلَالَةُ الْإِمْسَاكِ عن الرَّدِّ وَذَا دَلِيلُ الرِّضَا بِالْعَيْبِ فَيَبْطُلُ حَقُّ الرُّجُوعِ

وَلَوْ امْتَنَعَ الرَّدُّ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ الْمُتَوَلِّدَةِ من الْأَصْلِ كَالْوَلَدِ وَغَيْرِهِ أو الْحَاصِلَةِ بِسَبَبِ الْأَصْلِ غَيْرِ الْمُتَوَلِّدَةِ منه كَالْأَرْشِ وَالْعُقْرِ وَالزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ غَيْرِ الْمُتَوَلِّدَةِ كَالصَّبْغِ وَنَحْوِ ذلك ثُمَّ تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا أَخْرَجَهُ عن مِلْكِهِ لَا يَبْطُلُ حَقُّ الرُّجُوعِ بالإرش بَلْ يبقي الإرش على حَالِهِ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ في هذه الصُّورَةِ لم يَقَعْ دَلَالَةً على الْإِمْسَاكِ عن الرَّدِّ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ كان ثَابِتًا قَبْلَهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ ليس لِلْبَائِعِ خِيَارُ الِاسْتِرْدَادِ بِأَنْ يَقُولَ أنا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ مع الْعَيْبِ وَأَرُدُّ إلَيْك جَمِيعَ الثَّمَنِ وإذا كان الرَّدُّ مُمْتَنِعًا قبل التَّصَرُّفِ لم يَكُنْ هو بِالتَّصَرُّفِ مُمْسِكًا عن الرَّدِّ فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ الرِّضَا فَبَقِيَ الْأَرْشُ وَاجِبًا كما كان بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ هُنَاكَ لم يَكُنْ الرَّدُّ مُمْتَنِعًا حَتْمًا

أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْبَائِعِ أَنْ يَقْبَلَهُ نَاقِصًا مع الْعَيْبِ فَكَانَ الْمُشْتَرِي بِتَصَرُّفِهِ مُفَوِّتًا على نَفْسِهِ حَقَّ الرَّدِّ فَكَانَ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ بِفِعْلِهِ مُمْسِكًا إيَّاهُ عن الرَّدِّ وإنه دَلِيلُ الرِّضَا بِالْعَيْبِ فَيَبْطُلُ الرُّجُوعِ فَصَارَ الْأَصْلُ في هذا الْبَابِ أَنَّ وُجُوبَ الإرش إذَا لم يَكُنْ ثَابِتًا على سَبِيلِ الْحَتْمِ وَالْإِلْزَامِ بَلْ كان خِيَارُ الِاسْتِرْدَادِ لِلْبَائِعِ مع الْعَيْبِ فَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي بَعْدَ ذلك تَصَرُّفًا مُخْرِجًا عن الْمِلْكِ يُوجِبُ بُطْلَانَ الإرش وَإِنْ كان وجه (((وجوبه))) ثَابِتًا حَتْمًا بِأَنْ لم يَكُنْ لِلْبَائِعِ خِيَارُ الِاسْتِرْدَادِ فَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي لَا يُبْطِلُ الْأَرْشَ

وَجْهُ الْفَرْقِ بين الْفَصْلَيْنِ على نَحْوِ ما بَيَّنَّا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ وَأَمَّا بَيَانُ طَرِيقِ مَعْرِفَةِ نُقْصَانِ الْعَيْبِ فَطَرِيقُهُ أَنْ تُقَوَّمَ السِّلْعَةُ وَلَيْسَ بها ذلك الْعَيْبُ وَتُقَوَّمَ بها (((وبها))) ذلك فَيُنْظَرُ إلَى نُقْصَانِ ما بين الْقِيمَتَيْنِ فَيُرْجَعُ على بَائِعِهِ بِقَدْرِ ما نَقَصَهُ الْعَيْبُ من حِصَّتِهِ من الثَّمَنِ إنْ كانت قِيمَتُهُ مِثْلَ ثَمَنِهِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فَإِنْ كان النُّقْصَانُ قَدْرَ عُشْرِ الْقِيمَةِ يُرْجَعُ على بَائِعِهِ بِعُشْرِ الثَّمَنِ وَإِنْ كان قَدْرَ خُمْسِهَا يُرْجَعُ بِخُمْسِ الثَّمَنِ

مِثَالُهُ إذَا اشْتَرَى ثَوْبًا قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ بِعَشَرَةٍ فَاطَّلَعَ على عَيْبٍ بِهِ يُنْقِصُهُ عُشْرَ قِيمَتِهِ وهو دِرْهَمٌ يَرْجِعُ على بَائِعِهِ بِعُشْرِ الثَّمَنِ وهو دِرْهَمٌ

وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا قِيمَتُهُ عِشْرُونَ بِعَشَرَةٍ فَاطَّلَعَ على عَيْبٍ بِهِ يُنْقِصُهُ عُشْرَ الْقِيمَةِ وَذَلِكَ دِرْهَمَانِ فإنه يَرْجِعُ على الْبَائِعِ بِعُشْرِ الثَّمَنِ وَذَلِكَ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ وَلَوْ

كانت قِيمَتُهُ عَشَرَةً وقد اشْتَرَاهُ بِعِشْرِينَ وَالْعَيْبُ يُنْقِصُهُ عُشْرَ الْقِيمَةِ وَذَلِكَ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ يَرْجِعُ على بَائِعِهِ بِعُشْرِ الثَّمَنِ وَذَلِكَ دِرْهَمَانِ على هذا الْقِيَاسِ فَافْهَمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْخِيَارُ

(5/291)

الثَّابِتُ شَرْعًا لَا شَرْطًا فَهُوَ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالْكَلَامُ فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ شَرْعِيَّةِ الْبَيْعِ الذي فيه خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وفي بَيَانِ صِفَتِهِ وفي بَيَانِ حُكْمِهِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ وفي بَيَانِ وَقْتِ ثُبُوتِهِ وفي بَيَانِ كَيْفِيَّةِ ثُبُوتِهِ وفي بَيَانِ ما يَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ وما لَا يَسْقُطُ وَلَا يَلْزَمُ أما الْكَلَامُ في شَرْعِيَّتِهِ فَقَدْ مَرَّ في مَوْضِعِهِ وَأَمَّا صِفَتُهُ فَهِيَ أَنَّ شِرَاءَ ما لم يَرَهُ الْمُشْتَرِي غَيْرُ لَازِمٍ لِأَنَّ عَدَمَ الرُّؤْيَةِ يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال من اشْتَرَى شيئا لم يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إذَا رَآهُ وَلِأَنَّ جَهَالَةَ الْوَصْفِ تُؤَثِّرُ في الرِّضَا فَتُوجِبُ خَلَلًا فيه واختلال (((واختلاف))) الرِّضَا في الْبَيْعِ يُوجِبُ الْخِيَارَ وَلِأَنَّ من الْجَائِزِ اعْتِرَاضَ النَّدَمِ لِمَا عَسَى لَا يَصْلُحُ له إذَا رَآهُ فَيَحْتَاجُ إلَى التَّدَارُكِ فَيَثْبُتُ الْخِيَارُ لِإِمْكَانِ التَّدَارُكِ عِنْدَ النَّدَمِ نَظَرًا له كما ثَبَتَ خِيَارُ الرَّجْعَةِ شَرْعًا نَظَرًا لِلزَّوْجِ تَمْكِينًا له من التَّدَارُكِ عِنْدَ النَّدَمِ كما قال تَبَارَكَ وَتَعَالَى { لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذلك أَمْرًا }
وَأَمَّا بَيْعُ ما لم يَرَهُ الْبَائِعُ فَهَلْ يَلْزَمُ رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كان يقول أَوَّلًا لَا يَلْزَمُ وَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ ثُمَّ رَجَعَ وقال يَلْزَمُ وَلَا يَثْبُتُ له الْخِيَارُ
وَجْهُ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ أَنَّ ما ثبت (((يثبت))) له في شِرَاءِ ما لم يَرَهُ الْمُشْتَرِي وهو ما ذَكَرْنَا من الْمَعَانِي مَوْجُودٌ في بَيْعِ ما لم يَرَهُ الْبَائِعُ فَوُرُودُ الشَّرْعِ بِالْخِيَارِ ثَمَّةَ يَكُونُ وُرُودًا هَهُنَا دَلَالَةً
وَجْهُ قَوْلِهِ الْآخَرِ ما رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عُثْمَانَ بن عَفَّانَ رضي اللَّهُ عنهما بَاعَ أَرْضًا له من طَلْحَةَ بن عبد (((عبيد))) اللَّهِ رضي اللَّهُ عنهما ولم يَكُونَا رَأَيَاهَا فَقِيلَ لِسَيِّدِنَا عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه غُبِنْت فقال لي الْخِيَارُ لِأَنِّي بِعْت ما لم أَرَهُ وَقِيلَ لِطَلْحَةَ مِثْلُ ذلك فقال لي الْخِيَارُ لِأَنِّي اشْتَرَيْت ما لم أَرَهُ فَحَكَّمَا في ذلك جُبَيْرَ بن مُطْعِمٍ فَقَضَى بِالْخِيَارِ لِطَلْحَةَ رضي اللَّهُ عنه وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ولم يُنْكِرْ عليه أَحَدٌ منهم فَكَانَ إجْمَاعًا منهم على ذلك وَالِاعْتِبَارُ بِجَانِبِ الْمُشْتَرِي ليس بِسَدِيدٍ لِأَنَّ مُشْتَرِيَ ما لم يَرَهُ مشتري (((مشتر))) على أَنَّهُ خَيْرٌ مِمَّا ظَنَّهُ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مشتري (((مشتر))) شيء على أَنَّهُ جَيِّدٌ فإذا هو رَدِيءٌ
وَمَنْ اشْتَرَى شيئا على أَنَّهُ جَيِّدٌ فإذا هو رَدِيءٌ فَلَهُ الْخِيَارُ وَبَائِعُ شَيْءٍ لم يَرَهُ يَبِيعُ على أَنَّهُ أَدْوَنُ مِمَّا ظَنَّهُ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ بَائِعِ شَيْءٍ على أَنَّهُ رَدِيءٌ فإذا هو جَيِّدٌ وَمَنْ بَاعَ شيئا على أَنَّهُ رَدِيءٌ فإذا هو جَيِّدٌ لَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ فَلِهَذَا افْتَرَقَا
وَأَمَّا حُكْمُهُ فَحُكْمُ الْمَبِيعِ الذي لَا خِيَارَ فيه وهو ثُبُوتُ الْحِلِّ لِلْمُشْتَرِي في الْمَبِيعِ وَثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْبَائِعِ في الثَّمَنِ لِلْحَالِّ لِأَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مُطْلَقًا عن شَرْطٍ كان يَنْبَغِي أَنْ يَلْزَمَ إلَّا أَنَّهُ ثَبَتَ الْخِيَارُ شَرْعًا لَا شَرْطًا بِخِلَافِ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْخِيَارَ ثَبَتَ بِنَصِّ كَلَامِ الْعَاقِدَيْنِ فَأَثَّرَ في الرُّكْنِ بِالْمَنْعِ من الِانْعِقَادِ في حَقِّ الْحُكْمِ على ما مَرَّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا شَرَائِطُ ثُبُوتِ الْخِيَارِ فَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَإِنْ كان مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ لَا يَثْبُتُ فيه الْخِيَارُ حتى أنهما لو تَبَايَعَا عَيْنًا بِعَيْنٍ يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

وَلَوْ تَبَايَعَا دَيْنًا بِدَيْنٍ لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَوْ اشْتَرَى عَيْنًا بِدَيْنٍ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَبِيعَ إذَا كان مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ لَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِرَدِّهِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَتَعَيَّنْ لِلْعَقْدِ لَا يَتَعَيَّنُ لِلْفَسْخِ فَيَبْقَى الْعَقْدُ وَقِيَامُ الْعَقْدِ يَقْتَضِي ثُبُوتَ حَقِّ الْمُطَالَبَةِ بمثله فإذا قَبَضَ برده (((يرده))) هَكَذَا إلَى ما لَا نِهَايَةَ له فلم يَكُنْ الرَّدُّ مُفِيدًا بِخِلَافِ ما إذَا كان عَيْنًا لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْفَسِخُ بِرَدِّهِ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ فَيَتَعَيَّنُ في الْفَسْخِ أَيْضًا فَكَانَ الرَّدُّ مُفِيدًا وَلِأَنَّ الْفَسْخَ إنَّمَا يَرِدُ على الْمَمْلُوكِ بِالْعَقْدِ وما لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ لَا يُمْلَكُ بِالْعَقْدِ وَإِنَّمَا يُمْلَكُ بِالْقَبْضِ فَلَا يَرِدُ عليه الْفَسْخُ وَلِهَذَا يَثْبُتُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ في الْإِجَارَةِ وَالصُّلْحِ عن دَعْوَى الْمَالِ وَالْقِسْمَةِ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ هذه الْعُقُودَ تَنْفَسِخُ بِرَدِّ هذه الْأَشْيَاءِ فَيَثْبُتُ فيها خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَلَا يَثْبُتُ في الْمَهْرِ وَبَدَلِ الْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ هذه الْعُقُودَ لَا تَحْتَمِلُ الِانْفِسَاخَ بِرَدِّ هذه الْأَمْوَالِ فَصَارَ الْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ ما يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ فيه بِرَدِّهِ يَثْبُتُ فيه خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وما لَا فَلَا وَالْفِقْهُ ما ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَمِنْهَا عَدَمُ الرُّؤْيَةِ فَإِنْ اشْتَرَاهُ وهو يَرَاهُ فَلَا خِيَارَ له لِأَنَّ الْأَصْلَ هو لُزُومُ الْعَقْدِ وَانْبِرَامُهُ لِأَنَّ رُكْنَ الْعَقْدِ وُجِدَ مُطْلَقًا عن شَرْطٍ إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا ثُبُوتَ الْخِيَارِ شَرْعًا بِالنَّصِّ وَالنَّصُّ وَرَدَ بِالْخِيَارِ فِيمَا لم يَرَهُ الْمُشْتَرِي لِقَوْلِهِ عليه الصلاة ((وسلم))) والسلام من اشْتَرَى شيئا لم يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إذَا رَآهُ فَبَقِيَ الْخِيَارُ عِنْدَ الرُّؤْيَةِ مَبْقِيًّا على الْأَصْلِ

وَإِنْ كان الْمُشْتَرِي لم يَرَهُ وَقْتَ الشِّرَاءِ وَلَكِنْ كان قد رَآهُ قبل ذلك نُظِرَ في ذلك إنْ كان الْمَبِيعُ وَقْتَ الشِّرَاءِ على حَالِهِ التي كان عليها لم تَتَغَيَّرْ فَلَا خِيَارَ له لِأَنَّ الْخِيَارَ ثَبَتَ مَعْدُولًا بِهِ عن الْأَصْلِ بِالنَّصِّ الْوَارِدِ في شِرَاءِ ما لم يَرَهُ

وَهَذَا قد اشْتَرَى شيئا قد رَآهُ فَلَا يَثْبُتُ له الْخِيَارُ وَإِنْ كان قد تَغَيَّرَ عن حَالِهِ فَلَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّهُ إذَا تَغَيَّرَ عن حَالِهِ فَقَدْ صَارَ شيئا آخَرَ فَكَانَ مُشْتَرِيًا شيئا لم يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إذَا رَآهُ

وَلَوْ اخْتَلَفَا في التَّغَيُّرِ وَعَدَمِهِ فقال الْبَائِعُ لم يَتَغَيَّرْ وقال الْمُشْتَرِي قد تَغَيَّرَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ التَّغَيُّرِ وَالتَّغَيُّرُ عَارِضٌ فَكَانَ الْبَائِعُ مُتَمَسِّكًا بِالْأَصْلِ وَالْمُشْتَرِي مُدَّعِيًا أَمْرًا عَارِضًا فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْبَائِعِ لَكِنْ مع يَمِينِهِ لِأَنَّ حَقَّ الرَّدِّ أَمْرٌ يَجْرِي فيه الْبَدَلُ وَالْإِقْرَارُ فَيَجْرِي فيه الِاسْتِحْلَافُ وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِدَعْوَى التَّغَيُّرِ يَدَّعِي حَقَّ الرَّدِّ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكِرِ

وَلَوْ اخْتَلَفَا فقال الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي رَأَيْته وَقْتَ الشِّرَاءِ وقال الْمُشْتَرِي لم أَرَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ عَدَمَ الرُّؤْيَةِ أَصْلٌ وَالرُّؤْيَةَ عَارِضٌ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْمُشْتَرِي فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ

وَلِأَنَّ الْبَائِعَ بِدَعْوَى الرُّؤْيَةِ يَدَّعِي عليه إلْزَامَ الْعَقْدِ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ

وَلَوْ أَرَادَ الْمُشْتَرِي الرَّدَّ فَاخْتَلَفَا فقال الْبَائِعُ ليس هذا الذي بِعْتُك وقال

الْمُشْتَرِي هو ذَاكَ بِعَيْنِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أَنَّهُ بِعَيْنِهِ وَكَذَلِكَ هذا في خِيَارِ الشَّرْطِ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ فإن الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ في خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ بِقَوْلِهِ هذا مَالُك لَا يَدَّعِي ثُبُوتَ حَقِّ الرَّدِّ عليه لِأَنَّ حَقَّ الرَّدِّ ثَابِتٌ له حتى يَرُدَّ عليه من غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا وَلَكِنَّهُ يَدَّعِي أَنَّ هذا الذي قَبَضَهُ منه فَكَانَ اخْتِلَافُهُمَا في الْحَقِيقَةِ رَاجِعًا إلَى الْمَقْبُوضِ وَالِاخْتِلَافُ مَتَى وَقَعَ في تَعْيِينِ نَفْسِ الْمَقْبُوضِ فإن الْقَوْلَ فيه قَوْلُ الْقَابِضِ
وَإِنْ كان قَبَضَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ كَقَبْضِ الْغَصْبِ فَفِي الْقَبْضِ الْحَقُّ أَوْلَى بِخِلَافِ الْعَيْبِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَنْفَرِدُ بِالرَّدِّ في خِيَارِ الْعَيْبِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الرَّدَّ إلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي أو التَّرَاضِي فَكَانَ هو بِقَوْلِهِ هذا مَالُك بِعَيْنِهِ مُدَّعِيًا حَقَّ الرَّدِّ في هذا الْمُعَيَّنِ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُ ثُبُوتَ حَقِّ الرَّدِّ فيه فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ
هذا إذَا كان الْمُشْتَرِي بَصِيرًا فَأَمَّا إذَا كان أَعْمَى فَشَرْطُ ثُبُوتِ الْخِيَارِ له عَدَمُ الجس (((الحبس))) فِيمَا يجس (((يحبس))) وَالذَّوْقُ فِيمَا يُذَاقُ وَالشَّمُّ فِيمَا يُشَمُّ وَالْوَصْفُ فِيمَا يُوصَفُ وَقْتَ الشِّرَاءِ لِأَنَّ هذه الْأَشْيَاءَ في حَقِّهِ بِمَنْزِلَةِ الرُّؤْيَةِ في حَقِّ الْبَصِيرِ فَكَانَ انْعِدَامُهَا شَرْطًا لِثُبُوتِ الْخِيَارِ له فَإِنْ وُجِدَ شَيْءٌ منه وَقْتَ الشِّرَاءِ فَاشْتَرَاهُ فَلَا خِيَارَ له
وَكَذَا إذَا وُجِدَتْ قبل الْقَبْضِ ثُمَّ قَبَضَ فَلَا خِيَارَ له لِأَنَّ وُجُودَ شَيْءٍ من ذلك عِنْدَ الْقَبْضِ في حَقِّهِ بِمَنْزِلَةِ وُجُودِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ كَالرُّؤْيَةِ في حَقِّ الْبَصِيرِ بِأَنْ رَآهُ قبل الْقَبْضِ ثُمَّ قَبَضَهُ لِأَنَّ كُلَّ ذلك دَلَالَةُ الرِّضَا بِلُزُومِ الْعَقْدِ على ما نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
هذا الذي ذَكَرْنَا إذَا رَأَى الْمُشْتَرِي كُلَّ الْمَبِيعِ وَقْتَ الشِّرَاءِ
فَأَمَّا إذَا رَأَى بَعْضَهُ دُونَ الْبَعْضِ فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في جِنْسِ هذه الْمَسَائِلِ أَنَّ الْمَبِيعَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ شيئا وَاحِدًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَشْيَاءَ فَإِنْ كان شيئا وَاحِدًا فَرَأَى بَعْضَهُ لَا يَخْلُو إمَّا أن كان ما رَآهُ منه مَقْصُودًا بِنَفْسِهِ وما لم يَرَهُ منه تَبَعًا
وَإِمَّا إنْ كان كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْصُودًا بِنَفْسِهِ فَإِنْ كان ما لم يَرَهُ تَبَعًا لِمَا رَآهُ فَلَا خِيَارَ له سَوَاءٌ كان رُؤْيَةُ ما رَآهُ تُفِيدُ له الْعِلْمَ بِحَالِ ما لم يَرَهُ أو لَا تُفِيدُ لِأَنَّ حُكْمَ التَّبَعِ حُكْمُ الْأَصْلِ فَكَانَ رُؤْيَةُ الْأَصْلِ رُؤْيَةَ التَّبَعِ وَإِنْ كان مَقْصُودًا بِنَفْسِهِ يُنْظَرُ في ذلك إنْ كان رُؤْيَةُ ما رَأَى تُفِيدُ له الْعِلْمَ بِحَالِ ما لم يَرَهُ فَلَا خِيَارَ له لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْعِلْمُ بِحَالِ الْبَاقِي فَكَأَنَّهُ رَأَى الْكُلَّ وَإِنْ كان لَا يُفِيدُ له الْعِلْمَ بِحَالِ الْبَاقِي فَلَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لم يَحْصُلْ بِرُؤْيَةِ ما رَأَى فَكَأَنَّهُ لم يَرَ شيئا منه أَصْلًا
فَعَلَى هذا الْأَصْلِ تُخَرَّجُ الْمَسَائِلُ
إذَا اشْتَرَى عَبْدًا أو جَارِيَةً فَرَأَى وَجْهَهُ دُونَ سَائِرِ أَعْضَائِهِ لَا خِيَارَ له وَإِنْ كانت رُؤْيَةُ الْوَجْهِ لَا تقيد (((تفيد))) له الْعِلْمَ بِمَا وَرَاءَهُ لِأَنَّ الْوَجْهَ أَصْلٌ في الرُّؤْيَةِ في بَنِي آدَمَ وَسَائِرُ الْأَعْضَاءِ تَبَعٌ له فيها
وَلَوْ رَأَى سَائِرَ أَعْضَائِهِ دُونَ الْوَجْهِ فَلَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّ رُؤْيَةَ التَّبَعِ لَا تَكُونُ رُؤْيَةَ الْأَصْلِ فَكَأَنَّهُ لم يَرَ شيئا منه
وَلَوْ اشْتَرَى فَرَسًا أو بَغْلًا أو حِمَارًا أو نحو ذلك فَرَأَى وَجْهَهُ لَا غَيْرُ رَوَى ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَسْقُطُ خِيَارُهُ وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّقِيقِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ له الْخِيَارَ ما لم يَرَ وَجْهَهُ وَمُؤَخَّرَهُ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْوَجْهَ وَالْكَفَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عُضْوٌ مَقْصُودٌ في الرُّؤْيَةِ في هذا الْجِنْسِ فما لم يَرَهُمَا فَهُوَ على خِيَارِهِ
وَإِنْ اشْتَرَى شَاةً فَإِنْ كانت نَعْجَةً حَلُوبًا اشْتَرَاهَا لِلْقُنْيَةِ أو اشْتَرَى بَقَرَةً حَلُوبًا

أو نَاقَةً حَلُوبًا اشْتَرَاهَا لِلْقُنْيَةِ لَا بُدَّ من النَّظَرِ إلَى ضَرْعِهَا وَإِنْ اشْتَرَى شَاةً لِلَّحْمِ لَا بُدَّ من الْجَسِّ حتى لو رَآهَا من بَعِيدٍ فَهُوَ على خِيَارِهِ لِأَنَّ اللَّحْمَ مَقْصُودٌ من شَاةِ اللَّحْمِ وَالضَّرْعَ مَقْصُودٌ من الْحَلُوبِ وَالرُّؤْيَةُ من بَعِيدٍ لَا تُفِيدُ الْعِلْمَ بِهَذَيْنِ الْمَقْصُودَيْنِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْبُسُطُ فَإِنْ كان مِمَّا يَخْتَلِفُ وَجْهُهُ وَظَهْرُهُ فَرَأَى وَجْهَهُ دُونَ ظَهْرِهِ كَالْمَغَافِرِ وَنَحْوِهَا لَا خِيَارَ له وَإِنْ رَأَى الظَّهْرَ دُونَ الْوَجْهِ فَلَهُ الْخِيَارُ كَذَا

(5/293)

رَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ
وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا وَاحِدًا فَرَأَى ظَاهِرَهُ مَطْوِيًّا ولم يَنْشُرْهُ فَإِنْ كان سَاذَجًا ليس بِمُنَقَّشٍ وَلَا بِذِي عَلَمٍ فَلَا خِيَارَ له لِأَنَّ رُؤْيَةَ ظَاهِرِهِ مَطْوِيًّا تُفِيدُ الْعِلْمَ بِالْبَاقِي وَإِنْ كان مُنَقَّشًا فَهُوَ على خِيَارِهِ ما لم يَنْشُرْهُ وَيَرَى نَقْشَهُ لِأَنَّ النَّقْشَ في الثَّوْبِ الْمُنَقَّشِ مَقْصُودٌ وَإِنْ لم يَكُنْ مُنَقَّشًا وَلَكِنَّهُ ذُو عَلَمٍ فَرَأَى عَلَمَهُ فَلَا خِيَارَ له وَإِنْ لم يَرَ كُلَّهُ وَلَوْ رَأَى كُلَّهُ إلَّا عَلَمَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّ الْعَلَمَ في الثَّوْبِ الْمُعْلَمِ مَقْصُودٌ كَالنَّقْشِ في الْمُنَقَّشِ
وَلَوْ اشْتَرَى دَارًا فَرَأَى خَارِجَهَا أو بُسْتَانًا فَرَأَى خَارِجَهُ ورؤوس (((ورءوس))) الْأَشْجَارِ فَلَا خِيَارَ له كَذَا ذُكِرَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الدَّارَ شَيْءٌ وَاحِدٌ وَكَذَا الْبُسْتَانُ فَكَانَ رُؤْيَةُ الْبَعْضِ رُؤْيَةَ الْكُلِّ إلَّا أَنَّ مَشَايِخَنَا قالوا إنَّ هذا مُؤَوَّلٌ وَتَأْوِيلُهُ أَنْ لَا يَكُونَ في دَاخِلِ الدَّارِ بُيُوتٌ وَأَبْنِيَةٌ فَيَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِرُؤْيَةِ الْخَارِجِ فَأَمَّا إذَا كان دَاخِلَهَا أَبْنِيَةٌ فَلَهُ الْخِيَارُ ما لم يَرَ دَاخِلَهَا لِأَنَّ الدَّاخِلَ هو الْمَقْصُودُ من الدَّارِ وَالْخَارِجُ كَالتَّابِعِ له بِمَنْزِلَةِ الثَّوْبِ الْمُعَلَّمِ إذَا رَأَى كُلَّهُ إلَّا عَلَمَهُ كان له الْخِيَارُ لِأَنَّ الْعِلْمَ هو الْمَقْصُودُ منه
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَجَابَ على عَادَةِ أَهْلِ الْكُوفَةِ في زَمَنِهِ فإن دُورَهُمْ في زَمَنِهِ كانت لَا تَخْتَلِفُ في الْبِنَاءِ وَكَانَتْ على تَقْطِيعٍ وَاحِدٍ وَهَيْئَةٍ وَاحِدَةٍ وَإِنَّمَا كانت تَخْتَلِفُ في الصِّغَرِ وَالْكِبَرِ وَالْعِلْمُ بِهِ يَحْصُلُ بِرُؤْيَةِ الْخَارِجِ وَأَمَّا الْآنَ فَلَا بُدَّ من رُؤْيَةِ دَاخِلِ الدَّارِ وهو الصَّحِيحُ لِاخْتِلَافِ الْأَبْنِيَةِ في دَاخِلِ الدُّورِ في زَمَانِنَا اخْتِلَافًا فَاحِشًا فَرُؤْيَةُ الْخَارِجِ لَا تُفِيدُ الْعِلْمَ بِالدَّاخِلِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
هذا إذَا كان المشتري شيئا وَاحِدًا فَرَأَى بَعْضَهُ فَأَمَّا إنْ كان أَشْيَاءَ فَرَأَى وَقْتَ الشِّرَاءِ بَعْضَهَا دُونَ الْبَعْضِ فَلَا يَخْلُو إمَّا إنْ كان من الْمَكِيلَاتِ أو الْمَوْزُونَاتِ فَرَأَى بَعْضَهَا وَقْتَ الشِّرَاءِ فَإِنْ كان في وِعَاءٍ وَاحِدٍ فَلَا خِيَارَ له لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْبَعْضِ فيها تُفِيدُ الْعِلْمَ بِالْبَاقِي فَكَانَ رُؤْيَةُ الْبَعْضِ كَرُؤْيَةِ الْكُلِّ إلَّا إذَا وَجَدَ الْبَاقِيَ بِخِلَافِ ما رَأَى فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ لَكِنْ خِيَارُ الْعَيْبِ لَا خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَإِنْ كان في وِعَاءَيْنِ فَإِنْ كان الْكُلُّ من جِنْسٍ وَاحِدٍ وَعَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه
قال مَشَايِخُ بَلْخٍ له الْخِيَارُ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْوِعَاءَيْنِ جَعَلَهُمَا كَجِنْسَيْنِ وقال مَشَايِخُ الْعِرَاقِ لَا خِيَارَ له وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْبَعْضِ من هذا الْجِنْسِ تُفِيدُ الْعِلْمَ بِالْبَاقِي سَوَاءٌ كان في وِعَاءٍ وَاحِدٍ أو في وِعَاءَيْنِ بَعْدَ إن كان الْكُلُّ من جِنْسٍ وَاحِدٍ وَعَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ فَإِنْ كان من جِنْسَيْنِ أو من جِنْسٍ وَاحِدٍ على صِفَتَيْنِ فَلَهُ الْخِيَارُ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْبَعْضِ من جِنْسٍ وَعَلَى وَصْفٍ لَا تُفِيدُ الْعِلْمَ

بِجِنْسٍ آخَرَ وَعَلَى وَصْفٍ آخَرَ وَإِنْ كان من الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ كَالْعَبِيدِ وَالدَّوَابِّ وَالثِّيَابِ بِأَنْ اشْتَرَى جَمَاعَةَ عَبِيدٍ أو جواري (((جوار))) أو إبِلٍ أو بَقَرٍ أو قَطِيعَ غَنَمٍ أو جِرَابٍ هَرَوِيٌّ فَرَأَى بَعْضَهَا أو كُلَّهَا إلَّا وَاحِدًا فَلَهُ الْخِيَارُ بين أَنْ يَرُدَّ الْكُلَّ أو يُمْسِكَ الْكُلَّ لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْبَعْضِ من هذا الْجِنْسِ لَا تُفِيدُ الْعِلْمَ بِمَا وَرَاءَهُ فَكَأَنَّهُ لم يَرَ شيئا منه بِخِلَافِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْبَعْضِ منه تُفِيدُ الْعِلْمَ بِالْبَاقِي
وَلَوْ اشْتَرَى جَمَاعَةَ ثِيَابٍ في جِرَابٍ وَرَأَى أَطْرَافَ الْكُلِّ أو طَيَّ الْكُلِّ لَا خِيَارَ له إلَّا إذَا كانت مُعْلَمَةً أو مُنَقَّشَةً لِأَنَّهَا إذَا لم تَكُنْ مُعْلَمَةً أو مُنَقَّشَةً لم (((ولم))) يَكُنْ الْبَعْضُ من كل وَاحِدٍ منها مَقْصُودًا وَالْبَعْضُ تَبَعًا وَرُؤْيَةُ الْبَعْضِ تُفِيدُ الْعِلْمَ بِحَالِ الْبَاقِي فَكَانَ رُؤْيَةُ الْبَعْضِ رُؤْيَةَ الْكُلِّ كما إذَا اشْتَرَى الْبِطِّيخَ في السريجة وَالرُّمَّانَ في الْقُفَّةِ فَرَأَى الْبَعْضَ فَلَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّ الْبَعْضَ منها ليس تَبَعًا لِلْبَعْضِ بَلْ كُلُّ وَاحِدٍ منها مَقْصُودٌ بِنَفْسِهِ فَرُؤْيَةُ الْبَعْضِ منها لَا تُفِيدُ الْعِلْمَ بِالْبَاقِي لِكَوْنِهَا مُتَفَاوِتَةً تَفَاوُتًا فَاحِشًا فَكَانَ له الْخِيَارُ
وَإِنْ كان من الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ كَالْجَوْزِ وَالْبَيْضِ فَرَأَى الْبَعْضَ منها ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ له الْخِيَارُ وَأَلْحَقَهُ بِالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ لِاخْتِلَافِهَا في الصِّغَرِ وَالْكِبَرِ كَالْبِطِّيخِ وَالرُّمَّانِ
وَذَكَرَ الْقَاضِي الْإِمَامُ الإسبيجاني (((الإسبيجابي))) رَحِمَهُ اللَّهُ في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ لَا خِيَارَ له وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ بين صَغِيرِ الْبَيْضِ وَالْجَوْزِ وَكَبِيرِهِمَا مُتَقَارِبٌ مُلْحَقٌ بِالْعَدَمِ عُرْفًا وَعَادَةً وَشَرْعًا وَلِهَذَا أُلْحِقَ بِالْعَدَمِ في السَّلَمِ حتى جَازَ السَّلَمُ فيها عَدَدًا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ خِلَافًا لِزُفَرَ فَكَانَ رُؤْيَةُ بَعْضِهِ مُعَرِّفًا حَالَ الْبَاقِي وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ على ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ وَيُفَرَّقُ بين هذا وَبَيْنَ السَّلَمِ وهو أَنَّ الْبَيْضَ وَالْجَوْزَ مِمَّا يَتَفَاوَتُ في الصِّغَرِ وَالْكِبَرِ حَقِيقَةً
وَالْأَصْلُ في الْحَقَائِقِ اعْتِبَارُهَا إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَهْدَرَ هذا التَّفَاوُتَ وَأَلْحَقَهُ بِالْعَدَمِ في السَّلَمِ لِحَاجَةِ الناس وَلَا حَاجَةَ إلَى الْإِهْدَارِ في إسْقَاطِ الْخِيَارِ فَبَقِيَ التَّفَاوُتُ فيه مُعْتَبَرًا فَرُؤْيَةُ الْبَعْضِ لَا تُحَصِّلُ الْمَقْصُودَ وهو الْعِلْمُ بِحَالِ الْبَاقِي فَبَقِيَ الْخِيَارُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَلَوْ اشْتَرَى دُهْنًا في قَارُورَةٍ فَرَأَى خَارِجَ الْقَارُورَةِ فَعَنْ مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ رَوَى ابن سِمَاعَةَ عنه أَنَّهُ

لَا خِيَارَ له لِأَنَّ الرُّؤْيَةَ من الْخَارِجِ تفيد (((تقيد))) الْعِلْمَ بِالدَّاخِلِ فَكَأَنَّهُ رَآهُ وهو خَارِجٌ وَرُوِيَ عنه أَنَّ له الْخِيَارَ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِمَا في دَاخِلِ الْقَارُورَةِ لَا يَحْصُلُ بِالرُّؤْيَةِ من خَارِجِ الْقَارُورَةِ لِأَنَّ ما في الدَّاخِلِ يَتَلَوَّنُ بِلَوْنِ الْقَارُورَةِ فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ من هذه الرُّؤْيَةِ
وَقَالُوا في الْمُشْتَرِي إذَا رَأَى الْمَبِيعَ في الْمِرْآةِ أن له الْخِيَارَ وَكَذَا في الْمَاءِ وَقَالُوا لِأَنَّهُ لم يَرَ عَيْنَهُ وَإِنَّمَا رَأَى مِثَالَهُ
وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ رَأَى عَيْنَ الْمَبِيعِ لَا أن غير الْمَبِيعِ في الْمِرْآةِ وَالْمَاءِ بَلْ يَرَاهُ حَيْثُ هو لَكِنْ لَا على الْوَجْهِ الْمُعْتَادِ بِخَلْقِ اللَّهِ تَعَالَى فيه الرُّؤْيَةُ وَهَذَا ليس بِبَعِيدٍ لِأَنَّ الْمُقَابَلَةَ لَيْسَتْ من شَرْطِ الرُّؤْيَةِ فَإِنَّا نَرَى اللَّهَ تَعَالَى عز شَأْنُهُ بِلَا مُقَابَلَةٍ

وَلَكِنْ قد لَا يَحْصُلُ له الْعِلْمُ بِهَيْئَتِهِ لِتَفَاوُتِ الْمِرْآةِ فَيَعْلَمُ بِأَصْلِهِ لَا بِهَيْئَتِهِ فَلِذَلِكَ يَثْبُتُ له الْخِيَارُ لَا لِمَا قالوا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ على أَنَّ في الْعُرْفِ لَا يَشْتَرِي الْإِنْسَانُ شيئا لم يَرَهُ لِيَرَاهُ في المرأة أو في الْمَاءِ لِيَحْصُلَ له الْعِلْمُ بهذا الطَّرِيقِ فَلَا تَكُونُ رُؤْيَتُهُ في الْمِرْآةِ وَإِنْ رَأَى عَيْنَهُ مُسْقِطَةً لِلْخِيَارِ
وَعَلَى هذا قالوا فِيمَنْ رَأَى فَرْجَ أُمِّ امْرَأَتِهِ في الْمَاءِ أو في الْمِرْآةِ فَنَظَرَ إلَيْهِ بِشَهْوَةٍ لَا تَثْبُتُ له حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ وَكَذَا لَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا لِلْمَرْأَةِ الْمُطَلَّقَةِ طَلَاقًا رَجْعِيًّا لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ اشْتَرَى سَمَكًا في دَائِرَةٍ يُمْكِنُ أَخْذُهُ من غَيْرِ اصْطِيَادٍ وَحِيلَةٍ حتى جَازَ الْبَيْعُ فَرَآهُ في الْمَاءِ ثُمَّ أَخَذَهُ قال بَعْضُهُمْ لَا خِيَارَ له لِأَنَّهُ رَأَى عَيْنَ السَّمَكِ في الْمَاءِ وقال بَعْضُهُمْ له الْخِيَارُ لِأَنَّ ما رَآهُ كما هو لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يُرَى في الْمَاءِ كما هو بَلْ يُرَى أَكْثَرَ مِمَّا هو فلم يَحْصُلْ الْمَقْصُودُ بِهَذِهِ الرُّؤْيَةِ وهو مَعْرِفَتُهُ كما هو فَلَهُ الْخِيَارُ
وَأَمَّا بَيَانُ وَقْتِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ فَوَقْتُ ثُبُوتِ الْخِيَارِ هو وَقْتُ الرُّؤْيَةِ لَا قَبْلَهَا حتى لو أَجَازَ قبل الرُّؤْيَةِ وَرَضِيَ بِهِ صَرِيحًا بِأَنْ قال أَجَزْتُ أو رَضِيتُ أو ما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى ثُمَّ رَآهُ له أَنْ يَرُدَّهُ لِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ أَثْبَتَ الْخِيَارَ لِلْمُشْتَرِي بَعْدَ الرُّؤْيَةِ فَلَوْ ثَبَتَ له خِيَارُ الْإِجَازَةِ قبل الرُّؤْيَة وَأَجَازَ لم يَثْبُتْ له الْخِيَارُ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ وَهَذَا خِلَافُ النَّصِّ وَلِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه قبل الرُّؤْيَةِ مَجْهُولُ الْوَصْفِ وَالرِّضَا بِالشَّيْءِ قبل الْعِلْمِ بِهِ وَالْعِلْمُ بِوُجُودِ سَبَبِهِ مُحَالٌ فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ
وَأَمَّا الْفَسْخُ قبل الرُّؤْيَةِ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا خِيَارَ قبل الرُّؤْيَةِ وَلِهَذَا لم تَجُزْ الْإِجَازَةُ فَلَا يَجُوزُ الْفَسْخُ وقال بَعْضُهُمْ يَجُوزُ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ هذا عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَكَانَ مَحَلَّ الْفَسْخِ كَالْعَقْدِ الذي فيه خِيَارُ الْعَيْبِ وَعَقْدِ الْإِعَارَةِ وَالْإِيدَاعِ وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن قَوْلِهِمْ إنَّهُ لَا خِيَارَ قبل الرُّؤْيَةِ لِأَنَّ مِلْكَ الْفَسْخِ لم يَثْبُتْ حُكْمًا لِلْخِيَارِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حُكْمًا لِعَدَمِ لُزُومِ الْعَقْدِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ كَيْفِيَّةِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ إنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ يَثْبُتُ مُطْلَقًا في جَمِيعِ الْعُمُرِ إلَى أَنْ يُوجَدَ ما يُبْطِلُهُ فَيَبْطُلُ حِينَئِذٍ وَإِلَّا فَيَبْقَى على حَالِهِ وَلَا يَتَوَقَّفُ بِإِمْكَانِ الْفَسْخِ وهو اخْتِيَارُ الْكَرْخِيِّ لِأَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ هذا الْخِيَارِ هو اخْتِلَالُ الرِّضَا وَالْحُكْمُ يَبْقَى ما بَقِيَ سَبَبُهُ
وقال بَعْضُهُمْ إنَّهُ يَثْبُتُ مؤقتا إلَى غَايَةِ إمْكَانِ الْفَسْخِ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ حتى لو رَآهُ وَأَمْكَنَهُ الْفَسْخُ ولم يَفْسَخْ يَسْقُطُ خِيَارُهُ وَإِنْ لم تُوجَدْ الْأَسْبَابُ الْمُسْقِطَةُ لِلْخِيَارِ على ما نَذْكُرُهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى لِأَنَّ من الْأَسْبَابِ الْمُسْقِطَةِ لِلْخِيَارِ الرِّضَا وَالْإِجَازَةَ وَالِامْتِنَاعُ من الْفَسْخِ بَعْدَ الْإِمْكَانِ دَلِيلُ الْإِجَازَةِ وَالرِّضَا وَاَللَّهُ سبحانه (((عز))) وتعالى (((وجل))) أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ وما لَا يَسْقُطُ وَلَا يَلْزَمُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ
ما يَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ في الْأَصْلِ نَوْعَانِ اخْتِيَارِيٌّ وَضَرُورِيٌّ وَالِاخْتِيَارِيُّ نَوْعَانِ صَرِيحٌ وما يَجْرِي مَجْرَى الصَّرِيحِ ودلالة (((دلالة)))
أَمَّا الصَّرِيحُ وما في مَعْنَاهُ فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ أَجَزْتُ الْبَيْعَ أو رَضِيتُ أو اخْتَرْتُ أو ما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى سَوَاءٌ عَلِمَ الْبَائِعُ بِالْإِجَازَةِ أو لم يَعْلَمْ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ هو اللُّزُومُ وَالِامْتِنَاعُ لِخَلَلٍ في الرِّضَا فإذا أَجَازَ وَرَضِيَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ فَيَلْزَمُ وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَهُوَ أَنْ يُوجَدَ من الْمُشْتَرِي تَصَرُّفٌ في الْمَبِيعِ بَعْد الرُّؤْيَةِ يَدُلُّ على الْإِجَازَةِ وَالرِّضَا نَحْوُ ما إذَا قَبَضَهُ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّ الْقَبْضَ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ دَلِيلُ الرِّضَا بِلُزُومِ الْبَيْعِ لِأَنَّ لِلْقَبْضِ شَبَهًا بِالْعَقْدِ فَكَانَ الْقَبْضُ بَعْدَ

الرُّؤْيَةِ كَالْعَقْدِ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ وَذَاكَ دَلِيلُ الرِّضَا كَذَا هذا
وَسَوَاءٌ قَبَضَهُ بِنَفْسِهِ أو وَكِيلِهِ بِالْقَبْضِ بِأَنْ قَبَضَهُ الْوَكِيلُ وهو يَنْظُرُ إلَيْهِ وَكَانَتْ رُؤْيَتُهُ كَرُؤْيَةِ الْمُوَكِّلِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ بِقَبْضِ الْوَكِيلِ مع رُؤْيَتِهِ وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْقَبْضِ يَمْلِكُ إسْقَاطَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَمْلِكُ
وَأَجْمَعُوا على أَنَّ الرَّسُولَ بِالْقَبْضِ لَا يَمْلِكُ وَأَجْمَعُوا على أَنَّ الْوَكِيلَ بِالشِّرَاءِ يَمْلِكُ وَكَانَتْ رؤية الْمُوَكِّلِ وَأَجْمَعُوا على أَنَّ الرَّسُولَ بِالشِّرَاءِ

لَا يَمْلِكُ وَلَا تَكُونُ رُؤْيَتُهُ رُؤْيَةَ الْمُرْسَلِ وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلْمُرْسَلِ إذَا لم يَرَهُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْوَكِيلَ مُتَصَرِّفٌ بِحُكْمِ الْأَمْرِ وَالْمُتَصَرِّفُ بِحُكْمِ الْأَمْرِ لَا يَتَعَدَّى إلَى مَوْرِدِ الْأَمْرِ وهو وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ لَا بِإِسْقَاطِ الْخِيَارِ فَلَا يَمْلِكُ إسْقَاطَهُ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ إسْقَاطَ خِيَارِ الْعَيْبِ وَلَا خِيَارِ الشَّرْطِ وَكَذَا الرَّسُولُ لَا يَمْلِكُ فَكَذَا الْوَكِيلُ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ لَكِنْ بِقَبْضٍ تَامٍّ لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِالشَّيْءِ وَكِيلٌ بِإِتْمَامِ ذلك الشَّيْءِ وَلِهَذَا كان الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلًا بِالْقَبْضِ وَتَمَامُ الْقَبْضِ بِإِسْقَاطِ الْخِيَارِ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ يَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ التَّفْرِيقَ بَعْدَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْبُوضٍ
وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن قَوْلِهِمَا أَنَّهُ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ لَا بِإِبْطَالِ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ عِنْدَهُ لَا يَمْلِكُ إبْطَالَ الْخِيَارِ مَقْصُودًا لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ لَا يَمْلِكُ ذلك فَكَيْفَ يَمْلِكُهُ الْوَكِيلُ وَإِنَّمَا يَبْطُلُ في ضِمْنِ الْقَبْضِ بِأَنَّ قَبْضَهُ وهو يَنْظُرُ إلَيْهِ حتى لو قَبَضَهُ مَسْتُورًا ثُمَّ أَرَادَ بُطْلَانَ الْخِيَارِ لَا يَمْلِكُهُ وَالشَّيْءُ قد يَثْبُتُ ضِمْنًا لِغَيْرِهِ وَإِنْ كان لَا يَثْبُتُ مَقْصُودًا كَعَزْلِ الْوَكِيلِ وَغَيْرِهِ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّفْرِيقَ بَعْدَ الْقَبْضِ وَكَذَا الرَّدُّ بَعْدَ الْقَبْضِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ لم يَكُنْ رَفْعًا لِلْعَقْدِ من الْأَصْلِ بِخِلَافِ الرَّدِّ قبل الْقَبْضِ وَبِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ لِلِاخْتِبَارِ وَالْقَبْضُ وَسِيلَةٌ إلَى الِاخْتِبَارِ فلم يَصْلُحْ الْقَبْضُ دَلِيلَ الرِّضَا وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ إنَّمَا يَثْبُتُ بِخَلَلٍ في الرِّضَا وَالْقَبْضُ مع الرُّؤْيَةِ دَلِيلُ الرِّضَا على الْكَمَالِ فَأَوْجَبَ بُطْلَانَ الْخِيَارِ وَبِخِلَافِ الرَّسُولِ بِالْقَبْضِ لِأَنَّهُ نَائِبٌ في الْقَبْضِ عن الْمُرْسَلِ فَكَانَ قَبْضُهُ قَبْضَ الْمُرْسَلِ فَكَانَ إتْمَامُ الْقَبْضِ إلَى الْمُرْسَلِ
وَأَمَّا الْوَكِيلُ فَأَصْلٌ في نَفْسِ الْقَبْضِ وَإِنَّمَا الْوَاقِعُ لِلْمُوَكِّلِ حُكْمُ فِعْلِهِ فَكَانَ الْإِتْمَامُ إلَى الْوَكِيلِ وَكَذَا إذَا تَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفَ الْمُلَّاكِ بِأَنْ كان ثَوْبًا فقط (((فقطعه))) أو صَبَغَهُ أَحْمَرَ أو أَصْفَرَ أو سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ أو عَسَلٍ أو أَرْضًا فَبَنَى عليها أو غَرَسَ أو زَرَعَ أو جَارِيَةً فَوَطِئَهَا أو لَمَسَهَا بِشَهْوَةٍ أو نَظَرَ إلَى فَرْجِهَا عن شَهْوَةٍ أو دَابَّةً فَرَكِبَهَا لِحَاجَةِ نَفْسِهِ وَنَحْوَ ذلك لِأَنَّ الْإِقْدَامَ على هذه التَّصَرُّفَاتِ دَلَالَةُ الْإِجَازَةِ وَالرِّضَا بِلُزُومِ الْبَيْعِ وَالْمِلْكِ بِهِ إذْ لو لم يَكُنْ بِهِ وَفَسَخَ الْبَيْعَ لَتَبَيَّنَ أَنَّهُ تَصَرَّفَ في مِلْكِ الْغَيْرِ من كل وَجْهٍ أو من وَجْهٍ وَأَنَّهُ حَرَامٌ فَجُعِلَ ذلك إجَازَةً منه صِيَانَةً له عن ارْتِكَابِ الْحَرَامِ
وَكَذَا إذَا عَرَضَهُ على الْبَيْعِ بَاعَ أو لم يَبِعْ لِأَنَّهُ لَمَّا عَرَضَهُ على الْبَيْعِ فَقَدْ قَصَدَ إثْبَاتَ الْمِلْكِ اللَّازِمِ لِلْمُشْتَرِي وَمِنْ ضَرُورَتِهِ لُزُومُ الْمِلْكِ له لِيُمْكِنَهُ إثْبَاتُهُ

لِغَيْرِهِ وَلَوْ عَرَضَ بَعْضَهُ على الْبَيْعِ سَقَطَ خِيَارُهُ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَسْقُطُ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ أبي يُوسُفَ لِأَنَّ سُقُوطَ الْخِيَارِ وَلُزُومَ الْبَيْعِ بِالْعَرْضِ لِكَوْنِ الْعَرْضِ دَلَالَةَ الْإِجَازَةِ وَالرِّضَا وَدَلَالَةَ الْإِجَازَةِ دُونَ صَرِيحِ الْإِجَازَةِ ثُمَّ لو صَرَّحَ بِالْإِجَازَةِ في الْبَعْضِ لم يَجُزْ ولم يَسْقُطْ خِيَارُهُ لِمَا فيه من تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ على الْبَائِعِ قبل التَّمَامِ فَلَأَنْ لَا يَسْقُطَ بِدَلَالَةِ الْإِجَازَةِ أَوْلَى

وَكَذَا لو وَهَبَهُ سَلَّمَ أو لم يُسَلِّمْ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْهِبَةِ لَا يَعُودُ إلَيْهِ إلَّا بِقَرِينَةِ الْقَضَاءِ أو الرِّضَا فَكَانَ الْإِقْدَامُ عليها دَلَالَةَ قَصْدِ إثْبَاتِ الْمِلْكِ اللَّازِمِ فَيَقْتَضِي لُزُومَ الْمِلْكِ لِلْوَاهِبِ وَكَذَا إذَا رَهَنَهُ وسلم أو آجَرَهُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدٌ لَازِمٌ في نَفْسِهِ وَالثَّابِتُ بِهِمَا حَقٌّ لَازِمٌ لِلْغَيْرِ

وَكَذَا إذَا كَاتَبَهُ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ لَازِمٌ في جَانِبِ الْمُكَاتِبِ وَالثَّابِتُ بها حَقٌّ لَازِمٌ في حَقِّهِ وَكَذَا إذَا بَاعَهُ أو وَهَبَهُ وسلم

وَكَذَا إذَا أَعْتَقَهُ أو دَبَّرَهُ أو اسْتَوْلَدَهُ لِأَنَّ هذه تَصَرُّفَاتٌ لَازِمَةٌ وَالثَّابِتُ بها مِلْكٌ لَازِمٌ أو حَقٌّ لَازِمٌ فَالْإِقْدَامُ عليها يَكُونُ إجَازَةً وَالْتِزَامًا لِلْعَقْدِ دَلَالَةً

وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ لَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ في رِوَايَةٍ وفي رِوَايَةٍ يَسْقُطُ وَهِيَ الصَّحِيحَةُ لِأَنَّ الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَا يَكُونُ أَدْنَى من الْعَرْضِ على الْبَيْعِ بَلْ فَوْقَهُ ثُمَّ الْعَرْضُ على الْبَيْعِ يُسْقِطُ الْخِيَارَ فَهَذَا أَوْلَى

وَكَذَا لو أَخْرَجَ بَعْضَهُ عن مِلْكِهِ يَسْقُطُ خِيَارُهُ عن الْبَاقِي وَلَزِمَ الْبَيْعُ فيه لِأَنَّ رَدَّ الْبَاقِي تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ على الْبَائِعِ قبل التَّمَامِ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ تَمَامَ الرِّضَا

وَكَذَا إذَا انْتُقِصَ الْمَعْقُودُ عليه بِفِعْلِهِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا الضَّرُورِيُّ فَهُوَ كُلُّ ما يَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ وَيُلْزِمُ الْبَيْعَ من غَيْرِ صُنْعِهِ نَحْوُ مَوْتِ الْمُشْتَرِي عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْمَسْأَلَةُ قد مَرَّتْ في خِيَارِ الشَّرْطِ وَكَذَا إجَازَةُ أَحَدِ الشركين (((الشريكين))) فِيمَا اشْتَرَيَاهُ ولم يَرَيَاهُ دُونَ صَاحِبِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في خِيَارِ الْعَيْبِ

وَكَذَا إذَا هَلَكَ بَعْضُهُ أو انْتُقِصَ بِأَنْ تَعَيَّبَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ أو بِفِعْلِ الْبَائِعِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أو ازداد (((زاد))) في يَدِ الْمُشْتَرِي زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً أو مُتَّصِلَةً مُتَوَلِّدَةً

أو غير مُتَوَلِّدَةٍ على التَّفْصِيلِ وَالِاتِّفَاقُ وَالِاخْتِلَافُ الذي ذَكَرْنَا في خِيَارِ الشَّرْطِ وَالْعَيْبِ

وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ ما يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ وَالْعَيْبِ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ إلَّا أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ وَالْعَيْبِ يَسْقُطُ بِصَرِيحِ الْإِسْقَاطِ وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ لَا يَسْقُطُ بِصَرِيحِ الْإِسْقَاطِ لَا قبل الرُّؤْيَةِ وَلَا بَعْدَهَا

أَمَّا قَبْلَهَا فَلِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَا خِيَارَ قبل الرُّؤْيَةِ لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ الْخِيَارِ هو أَوَانُ الرُّؤْيَةِ فَقَبْلَ الرُّؤْيَةِ لَا خِيَارَ وَإِسْقَاطُ الشَّيْءِ قبل ثُبُوتِهِ وَثُبُوتِ سَبَبِهِ مُحَالٌ وَأَمَّا بَعْدَ الرُّؤْيَةِ فَلِأَنَّ الْخِيَارَ ما ثَبَتَ بِاشْتِرَاطِ الْعَاقِدَيْنِ لِأَنَّ رُكْنَ الْعَقْدِ مُطْلَقٌ عن الشَّرْطِ نَصًّا وَدَلَالَةً وَإِنَّمَا يَثْبُتُ شَرْعًا لحكمة فيه فَكَانَ ثَابِتًا حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى

وَأَمَّا خِيَارُ الشَّرْطِ وَالْعَيْبِ فَثَبَتَ بِاشْتِرَاطِ الْعَاقِدَيْنِ أَمَّا خِيَارُ الشَّرْطِ فَظَاهِرٌ

لِأَنَّهُ مَنْصُوصٌ عليه في الْعَقْدِ
وَأَمَّا خِيَارُ الْعَيْبِ فَلِأَنَّ السَّلَامَةَ مَشْرُوطَةٌ في الْعَقْدِ دَلَالَةً وَالثَّابِتُ بِدَلَالَةِ النَّصِّ كَالثَّابِتِ بِصَرِيحِ النَّصِّ فَكَانَ ثَابِتًا حَقًّا لِلْعَبْدِ وما ثَبَتَ حَقًّا لِلْعَبْدِ يُحْتَمَلُ السُّقُوطُ بِإِسْقَاطِهِ مَقْصُودًا لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في حَقِّ نَفْسِهِ مَقْصُودًا اسْتِيفَاءً وَإِسْقَاطًا
فَأَمَّا ما ثَبَتَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى فَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه إسْقَاطًا مَقْصُودًا لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في حَقِّ غَيْرِهِ مَقْصُودًا لَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ بِأَنْ يَتَصَرَّفَ في حَقِّ نَفْسِهِ مَقْصُودًا وَيَتَضَمَّنُ ذلك سُقُوطَ حَقِّ الشَّرْعِ فَيَسْقُطُ حَقُّ الشَّرْعِ في ضِمْنِ التَّصَرُّفِ في حَقِّ نَفْسِهِ كما إذَا أَجَازَ الْمُشْتَرِي الْبَيْعَ وَرَضِيَ بِهِ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ نَصًّا أو دَلَالَةً بِمُبَاشَرَةِ تَصَرُّفٍ يَدُلُّ على الرِّضَا وَالْإِجَازَةِ لِأَنَّهُ وَإِنْ ثَبَتَ حَقًّا لِلشَّرْعِ لَكِنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَهُ نَظَرًا لِلْعَبْدِ حتى إذَا رَآهُ وَصَلَحَ له أَجَازَهُ وَإِنْ لم يَصْلُحْ له رَدَّهُ إذْ الْخِيَارُ هو التَّخْيِيرُ بين الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ فَكَانَ الْمُشْتَرِي بِالْإِجَازَةِ وَالرِّضَا مُتَصَرِّفًا في حَقِّ نَفْسِهِ مَقْصُودًا ثُمَّ من ضَرُورَةِ الْإِجَازَةِ لُزُومُ الْعَقْدِ وَمِنْ ضَرُورَةِ لُزُومِ الْعَقْدِ سُقُوطُ الْخِيَارِ فَكَانَ سُقُوطُ الْخِيَارِ من طَرِيقِ الضَّرُورَةِ لَا بِالْإِسْقَاطِ مَقْصُودًا وَيَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ الشَّيْءُ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ
وَإِنْ كان لَا يَثْبُتُ مَقْصُودًا كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إذَا عَزَلَهُ الْمُوَكِّلُ ولم يَعْلَمْ بِهِ فإنه لَا يَنْعَزِلُ وَلَوْ بَاعَ الْمُوَكِّلُ بِنَفْسِهِ يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ
كَذَا هُنَا
وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ قبل الرُّؤْيَةِ أو عَرَضَهُ على الْبَيْعِ أو وَهَبَهُ ولم يُسَلِّمْ أو كان لِلْمُشْتَرِي دَارًا فَبِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ على خِيَارِهِ لِأَنَّ هذه التَّصَرُّفَاتِ دَلَالَةُ الرِّضَا وَهَذَا الْخِيَارُ قبل الرُّؤْيَةِ لَا يَسْقُطُ بِصَرِيحِ الرِّضَا فَبِدَلَالَةِ الرِّضَا أَوْلَى أَنْ لَا يَسْقُطَ وَإِنَّمَا يَسْقُطُ بِتَعَذُّرِ الْفَسْخِ بِأَنْ أَعْتَقَ أو دَبَّرَ أو بَاعَ أو آجَرَ أو رَهَنَ وسلم
أَمَّا الْإِعْتَاقُ وَالتَّدْبِيرُ فَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَقَعَ صَحِيحًا لِمُصَادَفَتِهِ مَحَلًّا مَمْلُوكًا وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَصَرُّفٌ لَازِمٌ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ وَالْفَسْخَ فَتَعَذَّرَ فَسْخُ الْبَيْعِ لِتَعَذُّرِ فَسْخِهِمَا
وَأَمَّا الْبَيْعُ وَالْإِجَارَةُ وَالرَّهْنُ فَلِأَنَّهَا تَصَرُّفَاتٌ لَازِمَةٌ أَوْجَبَ بها مِلْكًا لَازِمًا أو حَقًّا لَازِمًا لِلْغَيْرِ على وَجْهٍ لَا يَمْلِكُ الِاسْتِرْدَادَ فَتَعَذَّرَ الْفَسْخُ وَتَعَذُّرُ فَسْخِ الْعَقْدِ يُوجِبُ لُزُومَهُ لِأَنَّ الْفَسْخَ إذَا تَعَذَّرَ لم يَكُنْ في بَقَاءِ الْعَقْدِ فَائِدَةٌ فَيَسْقُطُ ضَرُورَةً
وَلَوْ بَاعَ أو رَهَنَ أو آجَرَ ثُمَّ رُدَّ عليه بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ الْقَاضِي أو أفتك الرَّهْنَ أو انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ لَا يَعُودُ الْخِيَارُ
كَذَا رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ بعدما سَقَطَ لَا يَعُودُ إلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ وَعَلَى هذا إذَا كَاتَبَهُ أو وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ أو بَاعَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي قبل الرُّؤْيَةِ يَلْزَمُ الْبَيْعُ لِأَنَّ هذه عُقُودٌ لَازِمَةٌ أَوْجَبَتْ حُقُوقًا لَازِمَةً أَمَّا الْكِتَابَةُ فَلِأَنَّهَا عَقْدٌ لَازِمٌ في حَقِّ الْمُكَاتِبِ حتى لَا يَمْلِكَ الْفَسْخَ من غَيْرِ رِضَا الْمُكَاتَبِ وَكَذَا الْبَيْعُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ لَازِمٌ في جَانِبِ الْبَائِعِ وَأَمَّا الْهِبَةُ فَلِأَنَّ الْمِلْكَ الثَّابِتَ بها مِلْكٌ لَا يُحْتَمَلُ الْعَوْدُ إلَيْهِ إلَّا بِقَضَاءٍ أو رِضًا فَكَانَ في مَعْنَى اللازم (((اللزوم))) وإذا تَعَذَّرَ الْفَسْخُ بِسَبَبِ هذه التَّصَرُّفَاتِ وَتَعَذُّرُ الْفَسْخِ يُوجِبُ اللُّزُومَ وَيُسْقِطُ الْخِيَارَ ضَرُورَةَ عَدَمِ الْفَائِدَةِ بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ ليس بِتَصَرُّفٍ لَازِمٍ في حَقِّهِ وَكَذَا الْهِبَةُ من غَيْرِ تَسْلِيمٍ وَالْعَرْضُ على الْبَيْعِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
ثُمَّ ما ذَكَرْنَا من سُقُوطِ الْخِيَارِ وَلُزُومِ الْبَيْعِ بِرِضَا الْمُشْتَرِي إذَا رَأَى كُلَّ الْمَبِيعِ

فَرَضِيَ بِهِ
فَأَمَّا إذَا رَأَى بَعْضَهُ دُونَ بَعْضٍ فَهَلْ يَسْقُطُ خِيَارُهُ فَتَفْصِيلُ الْكَلَامِ فيه على النَّحْوِ الذي ذَكَرْنَا فِيمَا إذَا رَأَى بَعْضَ الْمَبِيعِ دُونَ بَعْضٍ وَقْتَ الشِّرَاءِ فَكُلُّ ما يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْخِيَارِ هُنَاكَ يَسْقُطُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ هَهُنَا وما لَا فَلَا وَفِيمَا وَرَاءَ ذلك لَا يَخْتَلِفَانِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَعَلَى ذلك يَخْرُجُ ما إذَا اشْتَرَى مُغَيَّبًا في الْأَرْضِ كَالْجَزَرِ وَالْبَصَلِ وَالثُّومِ وَالسَّلْقِ وَالْفُجْلِ وَنَحْوِهَا من الْمُغَيَّبَاتِ في الْأَرْضِ فَقَلَعَ بَعْضَهُ وَرَضِيَ بِالْمَقْلُوعِ إنه لَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ عِنْدَ

(5/297)

أبي حَنِيفَةَ حتى إنَّهُ إذَا قَلَعَ الْبَاقِي كان على خِيَارِهِ إنْ شَاءَ رَدَّ الكل وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الْكُلَّ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ إذَا قَلَعَ شيئا مِمَّا يُسْتَدَلُّ بِهِ على الْبَاقِي في عظمة ورضى بِهِ الْمُشْتَرِي فَهُوَ لَازِمٌ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا إنه إذَا قَلَعَ ما يُسْتَدَلُّ بِهِ على الْبَاقِي كان رُؤْيَةُ بَعْضِهِ كَرُؤْيَةِ كُلِّهِ فَكَأَنَّهُ قَلَعَ الْكُلَّ وَرَضِيَ بِهِ كما إذَا اشْتَرَى صُبْرَةً فَرَأَى ظَاهِرَهَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ كَذَا هذا
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ هذه الْمُغَيَّبَاتِ مِمَّا تَخْتَلِفُ بِالصِّغَرِ وَالْكِبَرِ وَالْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ اخْتِلَافًا فَاحِشًا فَرُؤْيَةُ الْبَعْضِ منها لَا تُفِيدُ الْعِلْمَ بِحَالِ الْبَقِيَّةِ فَأَشْبَهَ الثِّيَابَ وَسَائِرَ الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ
وَلَوْ قَطَعَ الْمُشْتَرِي الْكُلَّ بِغَيْرِ إذْنِ الْبَائِعِ سَقَطَ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ نَقَّصَ الْمَعْقُودُ عليه بِالْقَلْعِ لِأَنَّهُ كان يَنْمُو في الْأَرْضِ وَيَزِيدُ وَلَا يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ وَبَعْدَ الْقَلْعِ لَا يَنْمُو وَيَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ وَانْتِقَاصُ الْمَعْقُودُ عليه في يَدِ الْمُشْتَرِي بِغَيْرِ صُنْعِهِ يُسْقِطُ الْخِيَارَ وَيُلْزِمُ الْبَيْعَ فَبِصُنْعِهِ أَوْلَى
وَكَذَا إذَا قَلَعَ بَعْضَهُ بِغَيْرِ إذْنِهِ لِأَنَّهُ نَقَّصَ بَعْضَ الْمَبِيعِ وَانْتِقَاصُ بَعْضِ الْمَبِيعِ بِنَفْسِهِ يَمْنَعُ رَدَّ الْبَاقِي فَبِصُنْعِهِ أَوْلَى
وَإِنْ قَلَعَ كُلَّهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ أو بَعْضَهُ أو قَلَعَ الْبَاقِي بِنَفْسِهِ لم يذكر الْكَرْخِيُّ هذا الْفَصْلَ وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَخْتَلِفَ الْجَوَابُ فيه على قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ كما في الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي إذَا انْتَقَصَ الْمَبِيعُ بِفِعْلِ الْبَائِعِ إنه يَسْقُطُ خِيَارُ الْمُشْتَرِي عِنْدَهُمَا وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْأَوَّلُ وفي قَوْلِهِ الْآخَرِ لَا يَسْقُطُ
وَرَوَى بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إذَا قَلَعَ الْبَعْضَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ أو قَلَعَ الْبَائِعُ بَعْضَهُ أَنَّهُ يَنْظُرُ إنْ كان الْمُغَيَّبُ مِمَّا يُبَاعُ بِالْكَيْلِ أو الْوَزْنِ بَعْدَ الْقَلْعِ فَقَلَعَ قَدْرَ ما يَدْخُلُ تَحْتَ الْكَيْلِ أو الْوَزْنِ وَرَضِيَ بِهِ يَلْزَمُ الْبَيْعُ وَيَسْقُطُ خِيَارُهُ لِأَنَّ الرِّضَا بِبَعْضِ الْمَكِيلِ بَعْدَ رُؤْيَتِهِ رِضًا بِالْكُلِّ لِأَنَّ رُؤْيَةَ بَعْضِهِ تُعَرِّفُ حَالَ الْبَاقِي إلَّا إذَا كان الْمَقْلُوعُ قَلِيلًا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْكَيْلِ فَلَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ لِأَنَّ قَلْعَهُ وَالتَّرْكَ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ فَكَأَنَّهُ لم يَقْلَعْ منه شيئا
وَإِنْ كان مِمَّا يُبَاعُ عَدَدًا كَالسَّلْقِ وَالْفُجْلِ وَنَحْوِهَا فَقَلَعَ بَعْضًا منه فَهُوَ على خِيَارِهِ لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْبَعْضِ منه لَا تُفِيدُ الْعِلْمَ بِحَالِ الْبَاقِي لِلتَّفَاوُتِ الْفَاحِشِ بين الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ من هذا الْجِنْسِ فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِرُؤْيَةِ الْبَعْضِ فبقي (((فيبقى))) على خِيَارِهِ وقال أبو يُوسُفَ إذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي في

الْقَلْعِ فقال الْمُشْتَرِي إنِّي أَخَافُ أن قَلْعَتُهُ لَا يَصْلُحُ لي وَلَا أَقْدِرُ على الرَّدِّ وقال الْبَائِعُ إنِّي أَخَافُ إنْ قطعته (((قلعته))) لَا تَرْضَى بِهِ فَمَنْ تَطَوَّعَ مِنْهُمَا بِالْقَلْعِ جَازَ وَإِنْ تَشَاحَّا على ذلك فَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُمَا إذَا تَشَاحَّا فَلَا سَبِيلَ إلَى الْإِجْبَارِ لِمَا في الْإِجْبَارِ من الْإِضْرَارِ فَتَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ فلم يَكُنْ في بَقَاءِ الْعَقْدِ فَائِدَةٌ فَيُفْسَخُ

وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ هذا الذي ذَكَرْنَا بَيَانُ ما يَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ في حَقِّ الْبَصِيرِ فَأَمَّا الْأَعْمَى إذَا اشْتَرَى شيئا وَثَبَتَ له الْخِيَارُ فإن خِيَارَهُ يَسْقُطُ بِمَا ذَكَرْنَا من الْأَسْبَابِ الْمُسْقِطَةِ لَكِنْ بعدما وُجِدَ منه ما يَقُومُ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ وهو الْجَسُّ فِيمَا يُجَسُّ وَالذَّوْقُ فِيمَا يُذَاقُ وَالشَّمُّ فِيمَا يُشَمُّ وَالْوَصْفُ فِيمَا يُوصَفُ كَالدَّارِ وَالْعَقَارِ وَالثِّمَارِ على رؤوس الْأَشْجَارِ وَنَحْوِهَا إذَا كان الْمَوْصُوفُ على ما وُصِفَ وكان ذلك في حَقِّهِ بِمَنْزِلَةِ الرُّؤْيَةِ في حَقِّ الْبَصِيرِ

وَرُوِيَ عن الْحَسَنِ بن زِيَادٍ أَنَّهُ قال يُوَكِّلُ بصير (((بصيرا))) بِالرُّؤْيَةِ وَتَكُونُ رُؤْيَةُ الْوَكِيلِ قَائِمَةً مَقَامَ رُؤْيَتِهِ

وَرَوَى هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقُومُ من الْمَبِيعِ في مَوْضِعٍ لو كان بَصِيرًا لَرَآهُ ثُمَّ يُوصَفُ له لِأَنَّ هذا أَقْصَى ما يُمْكِنُ وَلَوْ وَصَفَ له فَرَضِيَ بِهِ ثُمَّ أَبْصَرَ لَا يَعُودُ الْخِيَارُ لِأَنَّ الْوَصْفَ في حَقِّهِ كَالْخَلَفِ عن الرُّؤْيَةِ لِعَجْزِهِ عن الْأَصْلِ وَالْقُدْرَةُ على الْأَصْلِ بَعْدَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْخَلَفِ لَا يُبْطِلُ حُكْمَ الْخَلَفِ كَمَنْ صلى بِطَهَارَةِ التَّيَمُّمِ ثُمَّ قَدَرَ على الْمَاءِ وَنَحْوِ ذلك

وَلَوْ اشْتَرَى الْبَصِيرُ شيئا لم يَرَهُ حتى ثَبَتَ له الْخِيَارُ ثُمَّ عَمِيَ فَهَذَا وَالْأَعْمَى عِنْدَ الشِّرَاءِ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ ثَبَتَ له خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وهو أَعْمَى فَكَانَتْ رُؤْيَتُهُ رُؤْيَةَ الْعُمْيَانِ وَهِيَ ما ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا بَيَانُ ما يَنْفَسِخُ بِهِ الْعَقْدُ فَالْكَلَامُ في هذا الْفَصْلِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ ما يَنْفَسِخُ بِهِ الْعَقْدُ وَالثَّانِي في بَيَانِ شَرَائِطِ صِحَّةِ الْفَسْخِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فما يَنْفَسِخُ بِهِ الْعَقْدُ نَوْعَانِ اخْتِيَارِيٌّ وَضَرُورِيٌّ فالاختيار (((فالاختياري))) هو أَنْ يَقُولَ فَسَخْتُ الْعَقْدَ أو نَقَضْتُهُ أو رَدَدْتُهُ وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى وَالضَّرُورِيُّ أَنْ يَهْلِكَ الْمَبِيعُ قبل الْقَبْضِ

وَأَمَّا شَرَائِطُ صِحَّتِهِ فَمِنْهَا قِيَامُ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْخِيَارَ إذَا سَقَطَ لَزِمَ الْعَقْدُ وَالْعَقْدُ اللَّازِمُ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَتَضَمَّنَ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ على الْبَائِعِ وَإِنْ تَضَمَّنَ بِأَنْ رَدَّ بَعْضَ الْمَبِيعِ دُونَ الْبَعْضِ لم يَصِحَّ وَكَذَا إذَا رَدَّ الْبَعْضَ وَأَجَازَ الْبَيْعَ في الْبَعْضِ لم يَجُزْ سَوَاءٌ كان قبل قَبْضِ الْمَعْقُودِ عليه أو بَعْدَهُ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ فَكَانَ هذا تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ

على الْبَائِعِ قبل تَمَامِهَا وإنه بَاطِلٌ

وَمِنْهَا عِلْمُ الْبَائِعِ بِالْفَسْخِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ ليس بِشَرْطٍ وقد ذَكَرْنَا دَلَائِلَ الْمَسْأَلَةِ في خِيَارِ الشَّرْطِ

وَأَمَّا قَضَاءُ الْقَاضِي أو التَّرَاضِي فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْفَسْخِ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ كما لَا يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ الْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ فَيَصِحُّ من غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا قبل الْقَبْضِ وَبَعْدِهِ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ وقد ذَكَرْنَا الْفَرْقَ بيما (((فيما))) تَقَدَّمَ

وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْبَيْعُ الْفَاسِدُ فَهُوَ كُلُّ بَيْعٍ فَاتَهُ شَرْطٌ من شَرَائِطِ الصِّحَّةِ وقد ذَكَرْنَا شَرَائِطَ الصِّحَّةِ في مَوَاضِعِهَا
وَأَمَّا حُكْمُهُ فَالْكَلَامُ في حُكْمِهِ يَقَعُ في ثَلَاثِ مَوَاضِعَ أَحَدُهَا في بَيَانِ أَصْلِ الْحُكْمِ وَالثَّانِي في بَيَانِ صِفَتِهِ وَالثَّالِثُ في بَيَانِ شَرَائِطِهِ
أَمَّا أَصْلُ الْحُكْمِ فَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ في الْجُمْلَةِ عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا حُكْمَ لِلْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَالْبَيْعُ عِنْدَهُ قِسْمَانِ جَائِزٌ وَبَاطِلٌ لَا ثَالِثَ لَهُمَا وَالْفَاسِدُ وَالْبَاطِلُ سَوَاءٌ وَعِنْدَنَا الْفَاسِدُ قِسْمٌ آخَرُ وَرَاءَ الْجَائِزِ وَالْبَاطِلِ وَهَذَا على مِثَالِ ما يقول في أَقْسَامِ الْمَشْرُوعَاتِ أَنَّ الْفَرْضَ وَالْوَاجِبَ سَوَاءٌ وَعِنْدَنَا هُمَا قِسْمَانِ حَقِيقَةً على ما عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ هذا بَيْعٌ مَنْهِيٌّ عنه فَلَا يُفِيدُ الْمِلْكَ قِيَاسًا على بَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لَا تَبِيعُوا الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ وَلَا الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ
وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نهى عن بَيْعٍ وَشَرْطٍ وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال لِعَتَّابِ بن أَسِيْدٍ حين بَعَثَهُ إلَى مَكَّةَ أنههم عن أَرْبَعٍ عن بَيْعٍ ما لم يَقْبِضُوا وَعَنْ رِبْحِ ما لم يَضْمَنُوا
وَعَنْ شَرْطَيْنِ في بَيْعٍ وَعَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ
وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال لَا تَبِيعُوا الطَّعَامَ بِالطَّعَامِ إلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ وَنَحْوُ ذلك وَالْمَنْهِيُّ عنه يَكُونُ حَرَامًا وَالْحَرَامُ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِثُبُوتِ الْمِلْكِ لِأَنَّ الْمِلْكَ نِعْمَةٌ وَالْحَرَامُ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِاسْتِحْقَاقِ النِّعْمَةِ وَلِهَذَا بَطَلَ بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ فَكَذَا هذا
وَلَنَا أَنَّ هذا بَيْعٌ مَشْرُوعٌ فَيُفِيدُ الْمِلْكَ في الْجُمْلَةِ اسْتِدْلَالًا بِسَائِرِ الْبِيَاعَاتِ الْمَشْرُوعَةِ وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ بَيْعٌ أَنَّ الْبَيْعَ في اللُّغَةِ مُبَادَلَةُ شَيْءٍ مَرْغُوبٍ بِشَيْءٍ مَرْغُوبٍ مَالًا كان أو غير مَالٍ قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوْا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَى } سمي مُبَادَلَةَ الضَّلَالَةِ بِالْهُدَى اشْتِرَاءً وَتِجَارَةً فقاله (((فقال))) سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فما رَبِحَتْ تِجَارَتُهُمْ } وَالتِّجَارَةُ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ قال اللَّهُ عز شَأْنُهُ { إنَّ اللَّهَ اشْتَرَى من الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لهم الْجَنَّةَ } سَمَّى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى مُبَادَلَةَ الْأَنْفُسِ وَالْأَمْوَالِ بِالْجَنَّةِ اشْتِرَاءً وَبَيْعًا حَيْثُ قال تَعَالَى في آخِرِ الْآيَةِ { فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمْ الذي بَايَعْتُمْ بِهِ }
وفي عُرْفِ الشَّرْعِ هو مُبَادَلَةُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ وقد وُجِدَ فَكَانَ بَيْعًا وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ مَشْرُوعٌ النُّصُوصُ الْعَامَّةُ الْمُطْلَقَةُ في بَابِ الْبَيْعِ من نَحْوِ قَوْلِهِ تَعَالَى عز وجل { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ } وَقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةٌ عن تَرَاضٍ مِنْكُمْ } وَنَحْوِ ذلك مِمَّا وَرَدَ من النُّصُوصِ في هذا الْبَابِ عَامًّا مُطْلَقًا فَمَنْ ادَّعَى التَّخْصِيصَ وَالتَّقْيِيدَ فَعَلَيْهِ الدَّلِيلُ
وَلَنَا الِاسْتِدْلَال بِدَلَالَةِ الْإِجْمَاعِ أَيْضًا وهو أَنَّا أَجْمَعْنَا على أَنَّ الْبَيْعَ الْخَالِي عن الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ مَشْرُوعٌ وَمُفِيدٌ لِلْمِلْكِ وَقِرَانُ هذه الشُّرُوطِ بِالْبَيْعِ ذِكْرًا لم يَصِحَّ فَالْتُحِقَ ذِكْرُهَا بِالْعَدَمِ إذْ الْمَوْجُودُ الْمُلْحَقُ بِالْعَدَمِ شَرْعًا وَالْعَدَمُ الْأَصْلِيُّ سَوَاءٌ وإذا أُلْحِقَ بِالْعَدَمِ في نَفْسِ الْبَيْعِ خَالِيًا عن الْمُفْسِدِ وَالْبَيْعُ الْخَالِي عن الْمُفْسِدِ مَشْرُوعٌ وَمُفِيدٌ لِلْمِلْكِ بِالْإِجْمَاعِ وَهَذَا اسْتِدْلَالٌ قَوِيٌّ
وَأَمَّا النَّهْيُ فَالْجَوَابُ عن التَّعَلُّقِ بِهِ أَنَّ هذا نَهْيٌ عن غَيْرِ الْبَيْعِ لَا عن عَيْنِهِ لِوُجُوهٍ ثَلَاثَةٍ أحدهما (((أحدها))) أَنَّ شَرْعِيَّةَ أَصْلِ الْبَيْعِ وَجِنْسِهِ ثَبَتٌ مَعْقُولَ الْمَعْنَى وهو أَنَّهُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ الِاخْتِصَاصِ وَانْدِفَاعِ الْمُنَازَعَةِ وَأَنَّهُ سَبَبُ بَقَاءِ الْعَالَمِ إلَى حِينٍ إذْ لَا قِوَامَ لِلْبَشَرِ إلَّا بِالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَالسُّكْنَى وَاللِّبَاسِ

وَلَا سَبِيلَ إلَى اسْتِبْقَاءِ النَّفْسِ بِذَلِكَ إلَّا بِالِاخْتِصَاصِ بِهِ وَانْدِفَاعِ الْمُنَازَعَةِ وَذَلِكَ سَبَبُ الِاخْتِصَاصِ وَانْدِفَاعِ الْمُنَازَعَةِ وهو الْبَيْعُ
وَلَا يَجُوزُ وُرُودُ الشَّرْعِ عَمَّا عُرِفَ حُسْنُهُ أو حَسُنَ أَصْلُهُ بِالْعَقْلِ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى التَّنَاقُضِ وَلِهَذَا لم يَجُزْ النَّهْيُ عن الْإِيمَانِ بِاَللَّهِ عز وجل وَشُكْرِ النِّعَمِ وَأَصْلِ الْعِبَادَاتِ لِثُبُوتِ حُسْنِهَا بِالْعَقْلِ فَيُحْمَلُ النَّهْيُ الْمُضَافُ إلَى الْبَيْعِ على غَيْرِهِ ضَرُورَةً
وَالثَّانِي أن سُلِّمَ جَوَازُ وُرُودِ النَّهْيِ عن الْبَيْعِ في الْجُمْلَةِ لَكِنَّ حَمْلَهُ على الْغَيْرِ هَهُنَا أَوْلَى من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ عَمَلٌ بِالدَّلَائِلِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ
وَالثَّانِي أَنَّ في الْحَمْلِ على الْبَيْعِ نَسْخَ الْمَشْرُوعِيَّةِ وفي الْحَمْلِ على غَيْرِهِ تَرْكُ الْعَمَلِ بِحَقِيقَةِ الْكَلَامِ وَالْحَمْلِ على الْمَجَازِ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْحَمْلَ على الْمَجَازِ أَوْلَى من الْحَمْلِ على التَّنَاسُخِ لِأَنَّ الْحَمْلَ على الْمَجَازِ من بَابِ نَسْخِ

الْكَلَامِ وَنَسْخُ الْمَشْرُوعِيَّةِ نَسْخُ الْحُكْمِ وَالْحُكْمُ هو الْمَقْصُودُ وَالْكَلَامُ وَسِيلَةٌ وَنَسْخُ الْوَسِيلَةِ أَوْلَى من نَسْخِ الْمَقْصُودِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا صِفَةُ هذا الْحُكْمِ فَنَقُولُ له صِفَاتٌ منها أَنَّهُ مِلْكٌ غَيْرُ لَازِمٍ بَلْ هو مُسْتَحِقُّ الْفَسْخِ فَيَقَعُ الْكَلَامُ في هذه الصِّفَةِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَنَّ الثَّابِتَ بهذا الْبَيْعِ مُسْتَحِقُّ الْفَسْخِ وفي بَيَانِ من يَمْلِكُ الْفَسْخَ وفي بَيَانِ ما يَكُونُ فَسْخًا وفي بَيَانِ شَرْطِ صِحَّةِ الْفَسْخِ وفي بَيَانِ ما يَبْطُلُ بِهِ حَقُّ الْفَسْخِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ أَمَّا بَيَانُ أَنَّ الثَّابِتَ بهذا الْبَيْعِ أَوْجَبَ الْفَسْخَ فَهُوَ أَنَّ الْبَيْعَ وَإِنْ كان مَشْرُوعًا في ذَاتِهِ فَالْفَسَادُ مُقْتَرِنٌ بِهِ ذِكْرًا وَدَفْعُ الْفَسَادِ وَاجِبٌ وَلَا يُمْكِنُ إلَّا بِفَسْخِ الْعَقْدِ فَيُسْتَحَقُّ فَسْخُهُ لَكِنْ لِغَيْرِهِ لَا لِعَيْنِهِ حتى لو أَمْكَنَ دَفْعُ الْفَسَادِ بِدُونِ فَسْخِ الْبَيْعِ لَا يُفْسَخُ كما إذَا كان الْفَسَادُ لِجَهَالَةِ الْأَجَلِ فَأَسْقَطَاهُ يَسْقُطُ ويبقي الْبَيْعُ مَشْرُوعًا كما كان وَلِأَنَّ اشْتِرَاطَ الرِّبَا وَشَرْطَ الْخِيَارِ مَجْهُولٌ وَإِدْخَالُ الْآجَالِ الْمَجْهُولَةِ في الْبَيْعِ وَنَحْوُ ذلك مَعْصِيَةٌ وَالزَّجْرُ عن الْمَعْصِيَةِ وَاجِبٌ وَاسْتِحْقَاقُ الْفَسْخِ يَصْلُحُ زَاجِرًا عن الْمَعْصِيَةِ لِأَنَّهُ إذَا عَلِمَ أَنَّهُ يَفْسَخُ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَمْتَنِعُ عن الْمُبَاشَرَةِ
وَأَمَّا بَيَانُ من يَمْلِكُ الْفَسْخَ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْفَسَادُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ رَاجِعًا إلَى الْبَدَلِ بِأَنْ بَاعَ بِالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَإِمَّا أَنْ لم يَكُنْ رَاجِعًا إلَيْهِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ مَنْفَعَةٍ زَائِدَةٍ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أو إلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ وَالْحَالُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ كان قبل الْقَبْضِ وَإِمَّا أَنْ كان بَعْدَهُ فَإِنْ كان قبل الْقَبْضِ فَكُلُّ وَاحِدٍ من الْعَاقِدَيْنِ يَمْلِكُ الْفَسْخَ من غَيْرِ رِضَا الْآخَرِ كَيْفَ ما كان الْفَسَادُ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ قبل الْقَبْضِ فَكَانَ الْفَسْخُ قبل الْقَبْضِ بِمَنْزِلَةِ الِامْتِنَاعِ عن الْقَبُولِ وَالْإِيجَابِ فَيَمْلِكُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَالْفَسْخِ بِخِيَارِ شَرْطِ الْعَاقِدَيْنِ وَإِنْ كان بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ كان الْفَسَادُ رَاجِعًا إلَى الْبَدَلِ فَالْجَوَابُ فيه وَفِيمَا قبل الْقَبْضِ سَوَاءٌ لِأَنَّ الْفَسَادَ الرَّاجِعَ إلَى الْبَدَلِ فَسَادٌ في صُلْبِ الْعَقْدِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ بِخِلَافِ هذا الْمُفْسِدِ لِمَا أَنَّهُ لَا قِوَامَ لِلْعَقْدِ إلَّا بِالْبَدَلَيْنِ فَكَانَ الْفَسَادُ قَوِيًّا فَيُؤَثِّرُ في صُلْبِ الْعَقْدِ بِسَلْبِ اللُّزُومِ عنه فَيَظْهَرُ عَدَمُ اللُّزُومِ في حَقِّهِمَا جميعا وَلَوْ لم يَكُنْ رَاجِعًا إلَى الْبَدَلِ
فَقَدْ ذَكَرَ الْإِمَامُ الإسبيجاني (((الإسبيجابي))) في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ

الطَّحَاوِيِّ أَنَّ وِلَايَةَ الْفَسْخِ لِصَاحِبِ الشَّرْطِ لَا لِصَاحِبِهِ ولم يَحْكِ خِلَافًا لِأَنَّ الْفَسَادَ الذي لَا يَرْجِعُ إلَى الْبَدَلِ لَا يَكُونُ قَوِيًّا لِكَوْنِهِ مُحْتَمِلًا لِلْحَذْفِ وَالْإِسْقَاطِ فَيَظْهَرُ في حَقِّ صَاحِبِ الشَّرْطِ لَا غَيْرُ وَيُؤَثِّرُ في سَلْبِ اللُّزُومِ في حَقِّهِ لَا في حَقِّ صاحب (((صاحبه)))

وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ الإختلاف في الْمَسْأَلَةِ فقال في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخَ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ حَقُّ الْفَسْخِ لِمَنْ شُرِطَ له الْمَنْفَعَةُ لَا غَيْرُ

وَجْهُ قَوْلِهِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا أَنَّ من له شَرْطُ الْمَنْفَعَةِ قَادِرٌ على تَصْحِيحِ الْعَقْدِ بِحَذْفِ الْمُفْسِدِ واسقاطه فَلَوْ فَسَخَهُ الْآخَرُ لا بطل حَقَّهُ عليه وَهَذَا لَا يَجُوزُ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا إن الْعَقْدَ في نَفْسِهِ غَيْرُ لَازِمٍ لِمَا فيه من الْفَسَادِ بَلْ هو مُسْتَحِقُّ الْفَسْخِ في نَفْسِهِ رَفْعًا لِلْفَسَادِ

وَقَوْلُهُ الْمُفْسِدُ مُمْكِنُ الْحَذْفِ فَنَعَمْ لَكِنَّهُ إلَى أَنْ يُحْذَفْ فَهُوَ قَائِمٌ وَقِيَامُهُ يَمْنَعُ لُزُومَ الْعَقْدِ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْفَسْخَ من صَاحِبِهِ ليس بابطال لِحَقِّ صَاحِبِ الشَّرْطِ لِأَنَّ ابطال الْحَقِّ قبل ثُبُوتِهِ مُحَالٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَكُونُ فَسْخًا لِهَذَا الْعَقْدِ

فَفَسْخُهُ بِطَرِيقَيْنِ قَوْلٍ وَفِعْلٍ فَالْقَوْلُ هو أَنْ يَقُولَ من يَمْلِكُ الْفَسْخَ فَسَخْتُ أو نَقَضْتُ أو رَدَدْتُ وَنَحْوَ ذلك فَيَنْفَسِخُ بِنَفْسِ الْفَسْخِ وَلَا يَحْتَاجُ إلَى قَضَاءِ القاضى وَلَا إلَى رِضَا الْبَائِعِ سَوَاءٌ كان قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ لِأَنَّ هذا الْبَيْعَ إنَّمَا اسْتَحَقَّ الْفَسْخَ حَقًّا للهعز وجل لِمَا في الْفَسْخِ من رَفْعِ الْفَسَادِ وَرَفْعُ الْفَسَادِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى على الْخُلُوصِ فَيَظْهَرُ في حَقِّ الْكُلِّ فَكَانَ فَسْخًا في حَقِّ الناس كَافَّةً فَلَا تَقِفُ صِحَّتُهُ على الْقَضَاءِ وَلَا على الرِّضَا وَالْفِعْلُ هو أَنْ يَرُدَّ الْمَبِيعَ على بَائِعِهِ على أى وَجْهٍ ما رَدَّهُ بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو صَدَقَةٍ أو إعَارَةٍ أو إيدَاعٍ بِأَنْ بَاعَهُ منه أو وهبة أو تَصَدَّقَ عليه أو أَعَارَهُ منه أو أَوْدَعَهُ إيَّاهُ يَبْرَأُ المشترى عن الضَّمَانِ لِأَنَّهُ حق يَسْتَحِقُّ الرَّدَّ على الْبَائِعِ فَعَلَى أى وَجْهٍ ما ورده (((رده))) يَقَعُ عن جهى (((جهة))) الإستحقاق بِمَنْزِلَةِ رَدِّ الْعَارِيَّةِ والوديعة أَنَّهُ يَكُونُ فَسْخًا والوديعة بأى طَرِيقٍ كان الرَّدُّ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا وَكَذَا الوباعه المشترى من وَكِيلِ الْبَائِعِ وَسَلَّمَهُ إلَيْهِ لِأَنَّ حُكْمَ الْبَيْعِ يَقَعُ لِمُوَكِّلِهِ وهو الْبَائِعُ فكانه بَاعَهُ لِلْبَائِعِ وَلَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي من عبد بَائِعِهِ وهو مَأْذُونٌ له في التِّجَارَةِ فَإِنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ كان فَسْخًا لِلْبَيْعِ وَلَا يَبْرَأُ عن المشترى ضَمَانُهُ حتى يَصِلَ إلَى الْبَائِعِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فَحُكْمُ تَصَرُّفِهِ وَقَعَ لِلْمَوْلَى فَكَانَ بَيْعًا من الْمَوْلَى وَإِنْ كان عليه دَيْنٌ لَا يَكُونُ فَسْخًا لِلْبَيْعِ وَيَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ على المشترى لِأَنَّهُ إذَا كان عليه دَيْنٌ فَحُكْمُ تَصَرُّفِهِ

لَا يَقَعُ لِلْمَوْلَى فلم يَكُنْ ذلك بَيْعًا من الْمَوْلَى فَصَارَ كما إذَا بَاعَهُ من أجنبى وَلَوْ اشْتَرَى من عَبْدٍ مَأْذُونٍ لانسان شيئا منه شِرَاءً فَاسِدًا وَقَبَضَهُ ثُمَّ إنَّهُ بَاعَهُ من مَوْلَاهُ فَإِنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ كان فَسْخًا لِلْبَيْعِ لِأَنَّهُ يَكُونُ مُشْتَرِيًا من الْمَوْلَى كانه اشْتَرَاهُ من مَوْلَاهُ ثُمَّ بَاعَهُ منه فَإِنْ كان عليه دَيْنٌ لم يَكُنْ فَسْخًا لِأَنَّهُ يَكُونُ مُشْتَرِيًا منه ولا من مَوْلَاهُ فكانه اشْتَرَى من أجنبى وَبَاعَهُ من مَوْلَاهُ

وَلَوْ بَاعَهُ المشترى من مُضَارِبِ الْبَائِعِ لم يَكُنْ فَسْخًا لِلْبَيْعِ وَتَقَرَّرَ الضَّمَانُ على المشترى بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَهُ من وَكِيلِ بَائِعِهِ بِالشِّرَاءِ أَنَّهُ يَكُونُ فَسْخًا وَوَجْهُ الْفَرْقِ إنَّ الْوَكِيلَ بِالشِّرَاءِ يَتَصَرَّفُ لِمُوَكِّلِهِ لَا لِنَفْسِهِ أَلَا تَرَى أَنَّ حُكْمَ تَصَرُّفِهِ يَقَعُ لِمُوَكِّلِهِ لَا له فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الْبَيْعِ من الْمُوَكِّلِ وَذَلِكَ فَسْخٌ فَأَمَّا الْمُضَارِبُ فَمُتَصَرِّفٌ لِنَفْسِهِ أَلَا تَرَى أَنَّ الرِّبْحَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ إلا جنبى وَلَوْ كان الْبَائِعُ وَكِيلًا لِغَيْرِهِ بِالشِّرَاءِ فَاشْتَرَى المشترى شِرَاءً فاسد (((فاسدا))) لِمُوَكِّلِهِ لم يَكُنْ فَسْخًا لِلْبَيْعِ لِأَنَّ حُكْمَ الشِّرَاءِ يَقَعُ لِمُوَكِّلِهِ لَا له وَوَجَبَ عليه الثَّمَنُ للمشترى وَتَقَرَّرَ على المشترى ضَمَانُ الْقِيمَةِ وَيَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ في الإستيفاء وَيَتَرَادَّانِ الْفَضْلَ أن كان في أَحَدِهِمَا فَضْلٌ الله (((والله))) عز وجل أَعْلَمُ وَأَمَّا شَرْطُ صِحَّةِ الْفَسْخِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْفَسْخُ بِمَحْضَرٍ من صَاحِبِهِ ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ ولم يذكر الإختلاف فيه وَذَكَرَ القاضى الْإِمَامُ الْإِسْبِيجَابِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطحاوى إن هذا شَرْطٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ ليس بِشَرْطٍ وَجَعَلَهُ على الإختلاف في خِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّؤْيَةِ وقد ذَكَرْنَا المسئلة (((المسألة))) فِيمَا تَقَدَّمَ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَبْطُلُ بِهِ حَقُّ الْفَسْخِ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ وَيَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ وما لَا يَبْطُلُ وَلَا يَلْزَمُ وَلَا يَتَقَرَّرُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْفَسْخُ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ببطل (((يبطل))) بِصَرِيحِ الْإِبْطَالِ وَالْإِسْقَاطِ بِأَنْ يَقُولَ أَبْطَلْتُ أو أَسْقَطْتُ أو أَوْجَبْتُ الْبَيْعَ أو الزمته لِأَنَّ وُجُوبَ الْفَسْخِ عنه ثَبَتَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى دَفْعًا لِلْفَسَادِ وما ثَبَتَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى خَالِصًا لَا يَقْدِرُ الْعَبْدُ على إسْقَاطِهِ مَقْصُودًا كَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ لَكِنْ قد يَسْقُطُ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ بِأَنْ يَتَصَرَّفَ الْعَبْدُ في حَقِّ نَفْسِهِ مَقْصُودًا فَيَتَضَمَّنُ ذلك سُقُوطَ حَقِّ اللَّهِ عز وجل بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ أو يَفُوتَ مَحَلُّ الْفَسْخِ أو غَيْرُ ذلك وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلِ المشترى شِرَاءً فاسد (((فاسدا))) إذَا بَاعَ المشترى أو وهبة أو تَصَدَّقَ بِهِ بَطَلَ حَقُّ الْفَسْخِ وَعَلَى المشترى الْقِيمَةُ أو الْمِثْلُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ في مَحَلٍّ مَمْلُوكٍ فَنَفَذَ تَصَرُّفُهُ وَلَا سَبِيلَ لِلْبَائِعِ على بَعْضِهِ لِأَنَّهُ حَصَلَ عن تسليطمنه وَيَطِيبُ للمشترى الثَّانِي لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقْدٍ صَحِيحٍ بِخِلَافِ المشترى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا يَطِيبُ له لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ ما إذَا دخل مُسْلِمٌ دَارَ الْحَرْبِ بامان فَأَخَذَ شيأ من أَمْوَالِهِمْ بِغَيْرِ اذنهم وَأَخْرَجَهُ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ بَاعَهُ أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ لَكِنْ لَا يَطِيبُ للمشترى كمالا يَطِيبُ لِلْآخِذِ وَوَجْهُ الْفَرْقِ إن عَدَمَ الطِّيبِ في الْمَأْخُوذِ من الْحَرْبِيِّ بِغَيْرِ اذنه لِكَوْنِهِ مَأْخُوذًا على وَجْهِ الْغَدْرِ وَالْخِيَانَةِ وَالْمَأْخُوذُ على هذا الْوَجْهِ وَاجِبُ الرَّدِّ على صَاحِبِهِ رَدًّا اللخيانة (((للخيانة))) وَبِالْبَيْعِ لم يَخْرُجْ عن اسْتِحْقَاقِ الرَّدِّ على مَالِكِهِ لِحُصُولِهِ لَا بِتَسْلِيطٍ من جِهَتِهِ فبقى وَاجِبَ الرَّدِّ كما كان وَهَذَا يَمْنَعُ الطِّيبَ بِخِلَافِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لِأَنَّ انْعِدَامَ الطِّيبِ للمشترى هَهُنَا لقرآن الْفَسَادِ بِهِ ذِكْرًا لَا حَقِيقَةً ولم يُوجَدْ ذلك في الْبَيْعِ الثَّانِي وَخَرَجَ الْمَبِيعُ من أَنْ يَكُونَ متسحق (((مستحق))) الرَّدِّ على الْبَائِعِ لِحُصُولِ الْبَيْعِ من المشترى بِتَسْلِيطِهِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ وَلَوْ بَاعَهُ فَرُدَّ عليه بِخِيَارِ شَرْطٍ أو رُؤْيَةٍ أو عَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ وَعَادَ على حُكْمِ الْمِلْكِ الْأَوَّلِ عَادَ حَقُّ الْفَسْخِ لِأَنَّ الرَّدَّ بِهَذِهِ الْوُجُوهِ فَسْخٌ مَحْضٌ فَكَانَ دَفْعًا لِلْعَقْدِ من الْأَصْلِ وَجَعْلًا له كان لم يَكُنْ وَلَوْ اشْتَرَاهُ ثَانِيًا أو عَادَ إلَيْهِ بِسَبَبٍ مبتدأ لَا يَعُودُ الْفَسْخُ لِأَنَّ الْمِلْكَ اخْتَلَفَ لِاخْتِلَافِ السَّبَبِ فَكَانَ اخْتِلَافُ الْمِلْكَيْنِ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ الْعَقْدَيْنِ وَلَوْ اعتقه المشترى أودبره (((دبره))) بَطَلَ حَقُّ الْفَسْخِ لِمَا قُلْنَا ولان الْإِعْتَاقَ وَالتَّدْبِيرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَصَرُّفٌ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بَعْدَ صِحَّتِهِ فَيُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الإسترداد وَالْفَسْخَ ضَرُورَةً وَكَذَلِكَ لو اسْتَوْلَدَهَا لِمَا قُلْنَا وَتَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدِ المشترى لِأَنَّ الإستيلاد قد صَحَّ لِحُصُولِهِ في مِلْكِهِ وَعَلَى

المشترى قِيمَةُ الْجَارِيَةِ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ بالإستيلاد فَصَارَ كما لو هَلَكَتْ في يَدِهِ وَهَلْ يَغْرَمُ الْعُقْرَ ذَكَرَ في الْبُيُوعِ أَنَّهُ لَا يَغْرَمُ وفي الشُّرْبِ رِوَايَتَانِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ الْعُقْرَ لِأَنَّهُ وطىء مِلْكَ نَفْسِهِ وقد تَقَرَّرَ مِلْكُهُ بِالإستيلاد لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ وَلَوْ وَطِئَهَا المشترى ولم يُعَلِّقْهَا لَا ببطل (((يبطل))) حَقُّ الْفَسْخِ وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْجَارِيَةَ مع عُقْرِهَا بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ الْجَارِيَةِ الْمَوْهُوبَةِ إذَا وَطِئَهَا الْمَوْهُوبُ له وَأَعْلَقَهَا ثُمَّ رَجَعَ الْوَاهِبُ في هِبَتِهِ وَأَخَذَ الْجَارِيَةَ أَنَّ الْمَوْهُوبَ له لَا

(5/301)

يَضْمَنُ الْعُقْرَ وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الثَّابِتَ بِالْهِبَةِ مِلْكٌ مُحَلِّلٌ لِلْوَطْءِ وَبِالرُّجُوعِ لم يَتَبَيَّنْ أَنَّ حِلَّ الْوَطْءِ لم يَكُنْ فَكَانَ مُسْتَمْتِعًا بِمِلْكِ نَفْسِهِ فَلَا عُقْرَ عليه بِخِلَافِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لِأَنَّ الْمِلْكَ الثَّابِتَ بِهِ لَا يَظْهَرُ في حَقِّ حِلِّ الْوَطْءِ فَكَانَ الْوَطْءُ حَرَامًا إلَّا أَنَّهُ سَقَطَ عنه لحد (((الحد))) لِلشُّبْهَةِ فَوَجَبَ الْعَقْدُ وَكَذَلِكَ لو كَاتَبَهُ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ قد صَحَّتْ لوجودهای (((لوجودها))) في الْمِلْكِ وَلَا سَبِيلَ لِلْبَائِعِ إلَى نَقْضِهَا لِحُصُولِهَا من المشترى بستليط (((بتسليط))) الْبَائِعِ فَلَا يَكُونُ له حَقُّ النَّقْضِ عليه وَعَلَى المشترى فيمة (((قيمة))) الْعَبْدِ فَإِنْ أَدَّى بَدَلَ الْكِتَابَةِ وَعَتَقَ تَقَرَّرَ على المشترى ضَمَانُ الْقِيمَةِ وأن عَجَزَ وَرُدَّ في الرقى (((الرق))) يُنْظَرُ أن كان ذلك قبل الْقَضَاءِ بِالْقِيمَةِ على المشترى فالبائع (((فللبائع))) أَنْ يَسْتَرِدَّهُ لِأَنَّهُ كان مُسْتَحَقَّ الرَّدِّ قبل الْكِتَابَةِ لِعَدَمِ لُزُومِ الْمِلْكِ إلَّا أَنَّهُ أمتنع الرَّدُّ لِعَارِضِ الْكِتَابَةِ فَإِنْ عَجَزَ وَرَدَّ في الرِّقِّ قبل الْقَضَاءِ بِالْقِيمَةِ فَقَدْ زَالَ الْعَارِضُ على الْعَبْدِ لِأَنَّهُ بِالْقَضَاءِ والقيمة (((بالقيمة))) تَقَرَّرَ مِلْكُ المشترى في الْعَبْدِ وَلَزِمَ من وَقْتِ وُجُودِهِ فَيَعُودُ إلَيْهِ لَازِمًا الملك (((والملك))) اللَّازِمُ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ وَكَذَلِكَ لو رَهَنَهُ المشترى بَطَلَ حَقُّ الْفَسْخِ وَوِلَايَةُ الإسترداد لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ افْتَكَّهُ المشترى فَهُوَ على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرْنَا في الْكِتَابَةِ وَلَوْ أَجَّرَهُ صَحَّتْ الْإِجَارَةُ لِمَا قُلْنَا وَلَكِنْ لَا يَبْطُلُ حَقُّ الْفَسْخِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ وَإِنْ كانت عَقْدًا لَازِمًا إلَّا أنها تُفْسَخُ بِالْعُذْرِ وَلَا عُذْرَ أَقْوَى من رَفْعِ الْفَسَادِ فَتَنْفَسِخُ بِهِ وَسُلِّمَتْ الإجرة للمشترى لِأَنَّ الْمَنَافِعَ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا لَا تَتَقَوَّمُ إلَّا بِالْعَقْدِ وَالْعَقْدُ وُجِدَ من المشترى فَكَانَتْ الْأُجْرَةُ له وَهَلْ تَطِيبُ له ينظر إن كان قد أَدَّى ضَمَانَ الْقِيمَةِ ثُمَّ آجَرَ طَابَتْ الْأُجْرَةُ له لِأَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ الْمَضْمُونِ قَائِمٌ مقامة فَكَانَتْ الْأُجْرَةُ رِبْحَ ما قد ضَمِنَ وَإِنْ آجَرَ ثُمَّ أَدَّى الضَّمَانَ لَا تَطِيبُ له لِأَنَّهَا رِبْحُ ما لم يَضْمَنْ وَلَوْ أَوْصَى بِهِ صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ لِمَا قُلْنَا ثُمَّ إنْ كان الموصى حَيًّا بَعْدُ فَلِلْبَائِعِ حَقُّ الإسترداد لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصَرُّفٌ غَيْرُ لَازِمٍ حَالَ حَيَاةِ الموصى بَلْ مُحْتَمَلٌ وَإِنْ مَاتَ بَطَلَ حَقُّهُ لِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُوصَى له مِلْكٌ جَدِيدٌ بِخِلَافِ الثَّابِتِ لِلْوَارِثِ بِأَنْ مَاتَ المشترى شِرَاءً فاسد (((فاسدا))) لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ حَقُّ الْفَسْخِ وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَرِدَّ من وَرَثَتِهِ وَكَذَا إذَا مَاتَ الْبَائِعُ فلو رثته وِلَايَةُ الإسترداد لِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْوَارِثِ عَيْنُ ما كان لِلْمُوَرِّثِ وَإِنَّمَا هو خَلَفُهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ وَلِهَذَا يَرُدُّ الْوَارِثُ بأن مات الإستيرداد لأن الثابت للوارث عين ما كان للمورث وإنما هو خلفه قائم مقامه ولهذا يرد الوارث بالغيب (((بالعيب))) وَيُرَدُّ عليه وَمِلْكُ الْمُوَرِّثِ مَضْمُونُ الرَّدِّ مستحقق

(((مستحق))) الْفَسْخِ بِخِلَافِ الْمُوصَى له فإن الثَّابِتَ مِلْكٌ جَدِيدٌ حَصَلَ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ وَلِهَذَا لم يُرَدَّ بِالْعَيْبِ وَلَا يُرَدُّ عليه وأنه لم يَكُنْ مُسْتَحَقَّ الْفَسْخِ
ولو ازْدَادَ الْمَبِيعُ في يَدِ المشتري فَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً متولده من الْأَصْلِ كَالسِّمَنِ وَالْجَمَالِ فَإِنَّهَا لَا تَمْنَعُ الْفَسْخَ لِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ تَابِعَةٌ لِلْأَصْلِ حَقِيقَةً وَالْأَصْلُ مَضْمُونُ الرَّدِّ فَكَذَلِكَ التَّبَعُ كما في الغضب (((الغصب))) وَإِنْ كانت غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ كما إذَا كان الْمَبِيعُ سَوِيقًا فَلَتَّهُ المشترى بِعَسَلٍ أو سَمْنٍ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ الْفَسْخَ لِأَنَّهُ لو فُسِخَ أما أَنْ يُفْسَخَ على الْأَصْلِ وَحْدَهُ وأما أَنْ يُفْسَخَ على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ جمعيا (((جميعا))) لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِتَعَذُّرِ الْفَصْلِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لم تَدْخُلْ تَحْتَ الْبَيْعِ لَا أَصْلًا وَلَا تَبَعًا فَلَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْفَسْخِ وأن كانت مُنْفَصِلَةً فَإِنْ كانت مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ كَالْوَلَدِ وَاللَّبَنِ وَالثَّمَرَةِ لَا تَمْنَعُ الْفَسْخَ وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْأَصْلَ مع الزِّيَادَةِ لِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ تَابِعَةٌ لِلْأَصْلِ لِكَوْنِهَا مُتَوَلِّدَةً منه وَالْأَصْلُ مَضْمُونُ الرَّدِّ فَكَذَا الزِّيَادَةُ كما في بَابِ الغضب (((الغصب))) وَكَذَا لو كانت الزِّيَادَةُ أَرْشًا أو عُقْرًا لِأَنَّ الْأَرْشَ بَدَلُ جُزْءٍ فَائِتٍ من الْأَصْلِ حَقِيقَةً كَالْمُتَوَلِّدِ من الْأَصْلِ وَالْعُقْرَ بَدَلُ حَالِهِ حُكْمُ الْجُزْءِ وَالْعَيْنِ فَكَأَنَّهُ مُتَوَلِّدٌ من الْعَيْنِ ثُمَّ في فصلب (((فصل))) الْوَلَدِ إذَا كانت الْجَارِيَةُ في يَدِ المشترى فَإِنْ نَقَصَتْهَا الْوِلَادَةُ وَبِالْوَلَدِ وَفَاءٌ بِالنُّقْصَانِ يَنْجَبِرُ النُّقْصَانُ بِالْوَلَدِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ خلا (((خلافا))) فالزفر (((لزفر))) كما في الغضب (((الغصب))) وَسَنَذْكُرُ المسئلة (((المسألة))) في كِتَابِ الْغَصْبِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَإِنْ لم تَنْقُصْهَا الْوِلَادَةُ اسْتَرَدَّهَا الْبَائِعُ وَلَا شَيْءَ على الْبَائِعِ وأن نَقَصَتْهَا وَلَيْسَ بِالْوَلَدِ وَفَاءٌ بِالنُّقْصَانِ رَدَّهَا مع ضَمَانِ النُّقْصَانِ كما في الْغَصْبِ وأن هَلَكَ الْوَلَدُ قبل الرَّدِّ لَا ضَمَانَ على المشترى بِالزِّيَادَةِ كما في الْغَصْبِ وَلَوْ اسْتَهْلَكَ المشترى الزِّيَادَةَ ضَمِنَ كما في الْغَصْبِ وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ وَالزِّيَادَةُ قَائِمَةٌ فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَرِدَّ الزِّيَادَةَ وَيَضْمَنَ قِيمَةَ الْمَبِيعِ وَقْتَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُمَا كَانَا مضمونى الرَّدِّ إلَّا إنه تَعَذَّرَ اسْتِرْدَادُ الْمَبِيعِ لِفَوَاتِ الْمَحَلِّ وَصَارَ مَضْمُونَ الْقِيمَةِ فبقى الْوَلَدُ على حال (((حاله))) مَضْمُونَ

الرَّدِّ كما كان وَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْكَسْبِ فَإِنَّهَا لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ والبائع (((وللبائع))) أَنْ يَسْتَرِدَّ الْأَصْلَ مع الزِّيَادَةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَضْمُونُ الرَّدِّ وَبِالرَّدِّ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ من الْأَصْلِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الزِّيَادَةَ حَصَلَتْ على مِلْكِهِ إلَّا إنها لَا تَطِيبُ له لِأَنَّهَا لم تَحْدُثْ في ضَمَانِهِ المشترى فَكَانَتْ في مَعْنَى رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ وَلَوْ هَلَكَتْ هذه الزِّيَادَةُ في يَدِ المشترى لَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ الْمَبِيعَ بَيْعًا فَاسِدًا مَضْمُونٌ بِالْقَبْضِ وَالْقَبْضُ لم يَرِدْ على الزِّيَادَةِ لَا أَصْلًا وَلَا تَبَعًا أَمَّا أَصْلًا فلا نعدامها عِنْدَ الْقَبْضِ وَأَمَّا تَبَعًا فلأنها لَيْسَتْ بِتَابِعَةٍ حَقِيقَةً بَلْ هِيَ أَصْلٌ بِنَفْسِهَا مُلِكَتْ بِسَبَبٍ على حِدَةٍ لَا بِسَبَبِ الْأَصْلِ وأن اسْتَهْلَكَهَا المشترى فَكَذَلِكَ لك عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا ضَمَانَ عليه وعندها (((وعندهما))) يَضْمَنُ وَأَصْلُ المسئلة (((المسألة))) في الْغَصْبِ إنه إذَا اسْتَهْلَكَ الْغَاصِبُ هذه الزِّيَادَةَ هل يَضْمَنُ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ وَنَذْكُرُ المسئلة (((المسألة))) في كِتَابِ الْغَصْبِ إنْ شَاءَ

اللَّهُ وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ قَائِمَةٌ في يَدِ المشترى تَقَرَّرَ عليه ضَمَانُ قِيمَةِ الْمَبِيعِ وَالزِّيَادَةُ للمشترى تَقَرَّرَ ضَمَانُ الْقِيمَةِ بِخِلَافِ الْمُتَوَلِّدِ كما في الْغَصْبِ وَالْفَرْقُ بين الزِّيَادَتَيْنِ يُذْكَرُ في الْغَصْبِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى هذا إذ زَادَ الْمَبِيعُ في يَدِ المشترى شِرَاءً فَاسِدًا فَأَمَّا إذَا انْتَقَصَ في يَدِهِ كان النُّقْصَانُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ فإنه لَا يَمْنَعُ الإسترداد وَلِلْبَائِعِ أَنْ يأخذ (((يأخذه))) مع أَرْشِ النُّقْصَانِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ بَيْعًا فَاسِدًا يُضْمَنُ بِالْقَبْضِ كَالْمَغْصُوبِ وَالْقَبْضُ وَرَدَ عليه بِجَمِيعِ اجزائه فَصَارَ مَضْمُونًا بِجَمِيعِ اجزائه وَالْأَوْصَافُ تُضْمَنُ بِالْقَبْضِ وَإِنْ كانت لَا تُضْمَنُ بِالْعَقْدِ كما في قَبْضِ المغضوب (((المغصوب))) وَكَذَلِكَ إذَا كان النُّقْصَانُ بِفِعْلِ الْمَبِيعِ لِأَنَّ هذا وَالنُّقْصَانَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ سَوَاءٌ وأن كان النُّقْصَانُ بِفِعْلِ المشترى فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ لو انْتَقَصَ بِغَيْرِ صُنْعِهِ كان مَضْمُونًا عليه فَبِصُنْعِهِ أَوْلَى وأن كان بِفِعْلِ أجنبى فَالْبَائِعُ بِالْخِيَارِ أن شَاءَ أَخَذَ الْأَرْشَ من المشترى والمشترى يَرْجِعُ بِهِ على الجاني وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الجانى وهو لَا يَرْجِعُ على المشترى كما في الْغَصْبِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَخَذَ قِيمَةَ النُّقْصَانِ من المشترى فَقَدْ تَقَرَّرَ مِلْكُهُ في ذلك الْجُزْءِ من وَقْتِ الْبَيْعِ فيه فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ على مِلْكٍ مُتَقَرِّرٍ له فَيَرْجِعُ عليه وإلا جنبى لم يَمْلِكْ فَلَا يَرْجِعُ وَلَوْ قَتَلَهُ أجنبى فَلِلْبَائِعِ أَنْ يُضَمِّنَ المشترى قِيمَتَهُ حَالَةَ الْقَبْضِ وَلَا سَبِيلَ له على الْقَاتِلِ وَيَرْجِعُ المشترى على عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ بِقِيمَتِهِ في ثَلَاثِ سِنِينَ فَرَّقَ هَهُنَا بين الْبَيْعِ وَبَيْنَ الْغَصْبِ فإنه لو قَتَلَ الْمَغْصُوبَ قَاتِلٌ فالما لك بِالْخِيَارِ أن شَاءَ ضَمَّنَ الغاضب (((الغاصب))) قِيمَتَهُ حَالَةَ الْغَصْبِ وَالْغَاصِبُ يَرْجِعُ على عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ في ثَلَاثِ سِنِينَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ عَاقِلَةَ الْقَاتِلِ قِيمَتَهُ في ثَلَاثِ سِنِينَ وَهُمْ لَا يَرْجِعُونَ على الْغَاصِبِ وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الاجنبي جَنَى على مِلْكِ المشترى لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَبِيعَ بِالْقَبْضِ وَتَقَرَّرَ مِلْكُهُ فيه بِالْجِنَايَةِ لَا على مِلْكِ الْبَائِعِ فَلَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ تَضْمِينَهُ بِخِلَافِ الْغَصْبِ فإن الْغَاصِبَ لَا يَمْلِكُ الْمَغْصُوبَ إلَّا بِتَضْمِينِ الْمَغْصُوبِ منه إيَّاهُ فَقَبْلَهُ لَا مِلْكَ له فيه فَكَانَ الْقَتْلُ جِنَايَةً على مِلْكِ الْمَالِكِ وَالْقَبْضُ جِنَايَةٌ على مِلْكِهِ أَيْضًا فَكَانَ له خِيَارُ التَّضْمِينِ وأن كان النُّقْصَانُ بِفِعْلِ الْبَائِعِ لَا شَيْءَ على المشترى لِأَنَّهُ صَارَ مُسْتَرِدًّا بِفِعْلِهِ وَإِنْ هَلَكَ لَا من سِرَايَةِ جِنَايَةِ الْبَائِعِ فَعَلَى المشترى ضَمَانُهُ لَكِنْ يُطْرَحُ منه حِصَّةُ النُّقْصَانِ بِالْجِنَايَةِ لِأَنَّهُ اسْتَرَدَّ ذلك الْقَدْرَ بِجِنَايَتِهِ وَلَوْ قَتَلَهُ الْبَائِعُ لَا ضَمَانَ على المشترى لِأَنَّهُ اسْتَرَدَّهُ بِالْقَتْلِ وَكَذَلِكَ لو حَفَرَ الْبَائِعُ بِئْرًا فَوَقَعَ فيه وَمَاتَ لِأَنَّ ذلك في مَعْنَى الْقَتْلِ فَيَصِيرُ مُسْتَرَدًّا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ وَلَوْ كان الْمَبِيعُ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ المشترى إذا (((وخاطه))) أحدث (((قميصا))) في المبيع (((بطنه))) صنعا (((وحشاه))) لو أحدثه بَطَلَ حَقُّ الْفَسْخِ وَتَقَرَّرَ عليه قِيمَتُهُ يوم الْقَبْضِ وَالْأَصْلُ في هذا أَنَّ المشترى إذَا أَحْدَثَ في الْمَبِيعِ صُنْعًا لو أَحْدَثَهُ الْغَاصِبُ في الْمَغْصُوبِ لَا يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ ببطل (((يبطل))) حَقُّ الْفَسْخِ وَيَتَقَرَّرُ حَقُّهُ في ضَمَانِ الْقِيمَةِ أو الْمِثْلِ كما إذَا كان الْمَبِيعُ قُطْنًا فَغَزَلَهُ أو غَزْلًا فَنَسَجَهُ أو حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أو سِمْسِمًا أو عِنَبًا فَعَصَرَهُ أو سَاحَةً فَبَنَى عليها أو شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أو طَبَخَهَا وَنَحْوَ ذلك وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَبْضَ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ كَقَبْضِ الْغَصْبِ أَلَا تَرَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونُ الرَّدِّ حَالَ قِيَامِهِ وَمَضْمُونُ الْقِيمَةِ أو الْمِثْلِ حَالَ هلا كه فَكُلُّ ما يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْمَالِكِ هُنَاكَ يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْبَيْعِ لِلْبَائِعِ هَهُنَا وَلَوْ كان الْمَبِيعُ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ المشترى بصبغ (((بصبع))) يَزِيدُ من الْأَحْمَرِ وَالْأَصْفَرِ وَنَحْوِهِمَا ذَكَرَ

الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ منقطع (((ينقطع))) حَقُّ الْبَائِعِ عنه إلَى الْقِيمَةِ وروى (((ووري))) عن مُحَمَّدٍ أَنَّ الْبَائِعَ أن شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ ما زَادَ الصَّبْغُ فيه وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْقَبْضَ بِحُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ كَقَبْضِ الْغَصْبِ ثُمَّ الْجَوَابُ في الْغَصْبِ هَكَذَا أَنَّ الْمَالِكَ بِالْخِيَارِ أن شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَى الْغَاصِبَ ما زَادَ الصَّبْغُ فيه وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فَكَذَا هذا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ وَلَوْ كان الْمَبِيعُ أَرْضًا فَبَنَى عليها بَطَلَ حَقُّ الْفَسْخِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعَلَى المشتري ضَمَانُ قِيمَتِهَا وَقْتَ الْقَبْضِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَبْطُلُ وَيُنْقَضُ الْبِنَاءُ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ هذا الْقَبْضَ مُعْتَبَرٌ بِقَبْضِ الْغَصْبِ ثُمَّ هُنَاكَ يَنْقُضُ الْبِنَاءُ فَكَذَا هَهُنَا وَلِأَنَّ الْبِنَاءَ يُنْقَضُ بِحَقِّ الشَّفِيعِ بِالْإِجْمَاعِ وَحَقُّ الْبَائِعِ فَوْقَ حَقِّ الشَّفِيعِ بِدَلِيلِ أَنَّ الشَّفِيعَ لَا يَأْخُذُ إلَّا بِقَضَاءٍ وَالْبَائِعُ يَأْخُذُ من غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا فلما نقص (((نقض))) لِحَقِّ الشَّفِيعِ فَلِحَقِّ الْبَائِعِ أَوْلَى وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ إنه لو ثَبَتَ لِلْبَائِعِ حَقُّ الإسترداد لَكَانَ لَا يَخْلُو ما (((إما))) أَنْ يَسْتَرِدَّهُ مع الْبِنَاءِ أو بِدُونِ الْبِنَاءِ لَا سَبِيلَ إلَى الثانى لأن لَا يُمْكِنُ وَلَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْبِنَاءَ من المشترى تَصَرُّفٌ حَصَلَ بِتَسْلِيطِ الْبَائِعِ وإنه يَمْنَعُ النَّقْضَ كَتَصَرُّفِ الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَنَحْوِ ذلك بِخِلَافِ الْغَصْبِ وَالشُّفْعَةِ لِأَنَّ هُنَاكَ لم يُوجَدْ التَّسْلِيطُ على الْبِنَاءِ وَكَذَا لَا يَمْنَعَانِ نَقْضَ الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَمِنْهَا أَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ مِلْكٌ مَضْمُونٌ بِالْقِيمَةِ أو بِالْمِثْلِ لَا بِالْمُسَمَّى بِخِلَافِ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ لِأَنَّ الْقِيمَةَ هِيَ الْمُوجِبُ الأصلى في الْبِيَاعَاتِ لِأَنَّهَا مِثْلُ الْمَبِيعِ في الْمَالِيَّةِ إلَّا أَنَّهُ يُعْدَلُ عنها إلَى الْمُسَمَّى إذَا صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ فإذا لم تَصِحَّ وَجَبَ الْمَصِيرُ إلَى الْمُوجِبِ الأصلى خُصُوصًا إذَا كان الْفَسَادُ من قِبَلِ الْمُسَمَّى لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ إذَا لم تَصِحَّ لم يَثْبُتْ الْمُسَمَّى فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاعَ وَسَكَتَ عن ذِكْرِ الثَّمَنِ وَلَوْ كان كَذَلِكَ كان بَيْعًا بِقِيمَةِ الْمَبِيعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ مُبَادَلَةٌ بِالْمَالِ فإذا لم يذكر الْبَدَلَ صَرِيحًا صَارَتْ الْقِيمَةُ أو الْمِثْلُ مَذْكُورًا دَلَالَةً فَكَانَ بَيْعًا بِقِيمَةِ الْمَبِيعِ أو بمثله أن كان من قَبِيلِ الْأَمْثَالِ وَمِنْهَا أَنَّ هذا الْمِلْكَ يُفِيدُ المشترى انْطِلَاقَ تَصَرُّفٍ ليس فيه انْتِفَاعٌ بِعَيْنِ الملوك (((المملوك))) بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا كَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ وَنَحْوِ ذلك مِمَّا ليس فيه انْتِفَاعٌ بِعَيْنِ الْمَبِيعِ وَأَمَّا التَّصَرُّفُ الذى فيه انْتِفَاعٌ بِعَيْنِ الْمَمْلُوكِ كاكل الطَّعَامِ وَلُبْسِ الثَّوْبِ وَرُكُوبِ الدَّابَّةِ وَسُكْنَى الدَّارِ والإستمتاع بِالْجَارِيَةِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِأَنَّ الثَّابِتَ بهذا الْبَيْعِ مِلْكٌ خَبِيثٌ وَالْمِلْكُ الْخَبِيثُ لَا يُفِيدُ اطلاق الإنتفاع لِأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّفْعِ وفي الإنتفاع بِهِ تَقَرَّرَ له وَفِيهِ تقرر (((تقرير))) الْفَسَادِ وَلِهَذَا لم يُفِدْ الْمِلْكُ قبل الْقَبْضِ تَحَرُّزًا عن تَقْرِيرِ الْفَسَادِ بِالتَّسْلِيمِ على ما نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ أن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَوْ كان الْمُشْتَرَى دَارًا لَا يَثْبُتُ لِلشَّفِيعِ فيها حَقُّ الشُّفْعَةِ وأن كان يُفِيدُ الْمِلْكَ للمشترى لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ لم يَنْقَطِعْ وَالشُّفْعَةُ إنَّمَا تَجِبُ بِانْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ لَا بِثُبُوتِ الْمِلْكِ للمشترى أَلَا تَرَى أَنَّ من أَقَرَّ بِبَيْعِ دَارِهِ من فُلَانٍ وَفُلَانٌ مُنْكِرٌ تَثْبُتُ الْمِلْكُ للمشترى لِانْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ بِإِقْرَارِهِ وَهَهُنَا حَقُّ الْبَائِعِ غَيْرُ مُنْقَطِعٍ فَلَا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ حتى لو وُجِدَ ما يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّهِ تَجِبُ الشُّفْعَةُ ولو بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِ الدَّارِ الْمُشْتَرَاةِ شِرَاءً فَاسِدًا اتثبت (((تثبت))) الشُّفْعَةُ لِأَنَّ هذا الشِّرَاءَ صَحِيحٌ فَيُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْبَائِعِ فَيَثْبُتُ حَقُّ الشُّفْعَةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ ولو وطىء الْجَارِيَةَ الْمُشْتَرَاةَ شِرَاءً فَاسِدًا فَإِنْ لم يُعَلِّقْهَا فَلَا عُقْرَ عليه قبل الْفَسْخِ وأن فَسَخَ

الْعَقْدَ فَعَلَيْهِ العقروان أَعْلَقَهَا وَضَمِنَ قِيمَةَ الْجَارِيَةِ فَفِي وُجُوبِ الْعُقْرِ رِوَايَتَانِ على ما ذَكَرْنَا
وَأَمَّا شَرَائِطُهُ فَاثْنَانِ أَحَدُهُمَا الْقَبْضُ فَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّهُ وَاجِبُ الْفَسْخِ رَفْعًا لِلْفَسَادِ وفي وُجُوبِ الْمِلْكِ قبل الْقَبْضِ تَقَرَّرَ الْفَسَادُ لِأَنَّهُ إذَا ثَبَتَ الْمِلْكُ قبل الْقَبْضِ يَجِبُ على الْبَائِعِ تَسْلِيمُهُ إلَى الْمُشْتَرِي وفي التَّسْلِيمِ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ وَإِيجَابُ رَفْعِ الْفَسَادِ على وَجْهٍ فيه رَفْعُ الْفَسَادِ مُتَنَاقِضٌ وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ فَإِنْ قَبَضَ بِغَيْرِ إذْنِهِ أَصْلًا لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِأَنْ نَهَاهُ عن الْقَبْضِ أو قَبَضَ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ منه من غَيْرِ إذْنِهِ فَإِنْ لم يَنْهَهُ وَلَا أَذِنَ له في الْقَبْضِ صَرِيحًا فَقَبَضَهُ بِحَضْرَةِ الْبَائِعِ ذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ يَثْبُتُ الْمِلْكُ وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ في الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ إنه لَا يَثْبُتُ
وَجْهُ رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ إذَا قَبَضَهُ بِحَضْرَتِهِ ولم يَنْهَهُ كان ذلك إذْنًا منه بِالْقَبْضِ دَلَالَةً مع ما أَنَّ الْعَقْدَ الثَّابِتَ دَلَالَةُ الْإِذْنِ بِالْقَبْضِ لِأَنَّهُ تَسْلِيطٌ له على الْقَبْضِ فَكَأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِذْنِ بِالْقَبْضِ
وَالْإِذْنُ بِالْقَبْضِ قد يَكُونُ صَرِيحًا وقد يَكُونُ دَلَالَةً كما في بَابِ الْهِبَةِ إذَا قَبَضَ الْمَوْهُوبُ له بِحَضْرَةِ الْوَاهِبِ فلم يَنْهَهُ صَحَّ قَبْضُهُ كَذَا هَهُنَا

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ أَنَّ الْإِذْنَ بِالْقَبْضِ لم يُوجَدْ نَصًّا وَلَا سَبِيلَ إلَى إثْبَاتِهِ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ في الْقَبْضِ تَقْرِيرَ الْفَسَادِ فَكَانَ الْإِذْنُ بِالْقَبْضِ إذْنًا بِمَا فيه تَقْرِيرُ الْفَسَادِ فَلَا يُمْكِنُ إثْبَاتُهُ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ
وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ لَا يَقَعُ تَسْلِيطًا على الْقَبْضِ لِوُجُودِ الْمَانِعِ من الْقَبْضِ على ما بَيَّنَّا بِخِلَافِ الْهِبَةِ لِأَنَّ هُنَاكَ لَا مَانِعَ من الْقَبْضِ فأمكن إثْبَاتُهُ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ ما دَامَ الْمَجْلِسُ قَائِمًا وَإِنَّمَا شُرِطَ الْمَجْلِسُ لِأَنَّ الْقَبْضَ في الْهِبَةِ بِمَنْزِلَةِ الرُّكْنِ فَيُشْتَرَطُ له الْمَجْلِسُ كما يُشْتَرَطُ لِلْقَبُولِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْبَيْعُ الْبَاطِلُ فَهُوَ كُلُّ بَيْعٍ فَاتَهُ شَرْطٌ من شَرَائِطِ الِانْعِقَادِ من الْأَهْلِيَّةِ وَالْمَحَلِّيَّةِ وَغَيْرِهِمَا وقد ذَكَرْنَاَ جُمْلَةَ ذلك في صَدْرِ الْكِتَابِ وَلَا حُكْمَ لِهَذَا الْبَيْعِ أَصْلًا لِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْمَوْجُودِ وَلَا وُجُودَ لِهَذَا الْبَيْعِ إلَّا من حَيْثُ الصُّورَةُ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ الشَّرْعِيَّ لَا وُجُودَ له بِدُونِ الْأَهْلِيَّةِ وَالْمَحَلِّيَّةِ شَرْعًا كما لَا وُجُودَ لِلتَّصَرُّفِ الْحَقِيقِيِّ إلَّا من الْأَهْلِ في الْمَحَلِّ حَقِيقَةً وَذَلِكَ نَحْوُ بَيْعِ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالْعَذِرَةِ وَالْبَوْلِ وَبَيْعِ الْمَلَاقِيحِ وَالْمَضَامِينِ وَكُلِّ ما ليس بِمَالٍ وَكَذَا بَيْعُ صَيْدِ الْحَرَمِ وَالْإِحْرَامِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَيْتَةِ وَكَذَا بَيْعُ الْحُرِّ لِأَنَّهُ ليس بِمَالٍ وَكَذَا بَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْمُكَاتَبِ وَالْمُسْتَسْعَى لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ حُرَّةٌ من وَجْهٍ وَكَذَا الْمُدَبَّرُ فلم يَكُنْ مَالًا مُطْلَقًا وَالْمُكَاتَبُ حُرٌّ يَدًا فلم يَكُنْ مَالًا على الْإِطْلَاقِ
وَالْمُسْتَسْعَى عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ وَعِنْدَهُمَا حُرٌّ عليه دَيْنٌ وَكَذَا بَيْعُ الْخِنْزِيرِ من الْمُسْلِمِ لِأَنَّهُ ليس بِمَالٍ في حَقِّ الْمُسْلِمِ وَكَذَا بَيْعُ الْخَمْرِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ في حَقِّ الْمُسْلِمِ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ تَقَوُّمَهَا في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ حَيْثُ أَهَانَهَا عليهم فَيَبْطُلُ وَلَا يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ لو انْعَقَدَ إمَّا أَنْ يَنْعَقِدَ بِالْمُسَمَّى وَإِمَّا أَنْ يَنْعَقِدَ بِالْقِيمَةِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لم تَصِحَّ وَلَا

سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ له إذْ التَّقْوِيمُ يبنى (((ينبني))) عن الْعِزَّةِ وَالشَّرْعُ أَهَانَ الْمُسَمَّى على الْمُسْلِمِ فَكَيْفَ يَنْعَقِدُ بِقِيمَتِهِ وَلَا قِيمَةَ له وإذا لم يَنْعَقِدْ يَبْطُلُ ضَرُورَةً
وَمِنْ مَشَايِخِنَا من فَصَّلَ في بَيْعِ الْخَمْرِ تَفْصِيلًا فقال إنْ كان الثَّمَنُ دَيْنًا بِأَنْ بَاعَهَا بِدَرَاهِمَ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ وَإِنْ كان عَيْنًا بِأَنْ بَاعَهَا بِثَوْبٍ وَنَحْوِهِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ في حَقِّ الثَّوْبِ وَيَنْعَقِدُ بِقِيمَةِ الثَّوْبِ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْعَاقِدَيْنِ ليس هو تَمَلُّكُ الْخَمْرِ وَتَمْلِيكُهَا لِأَنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلتَّمَلُّكِ
وَالتَّمْلِيكُ في حَقِّ الْمُسْلِمِ مَقْصُودٌ بَلْ تَمْلِيكُ الثَّوْبِ وَتَمَلُّكُهُ لِأَنَّ الثَّوْبَ يَصْلُحُ مَقْصُودًا بِالتَّمَلُّكِ وَالتَّمْلِيكِ فَالتَّسْمِيَةُ إنْ لم تَظْهَرْ في حَقِّ الْخَمْرِ تَظْهَرُ في حَقِّ الثَّوْبِ وَلَا مُقَابِلَ له فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْمُشْتَرِيَ بَاعَ الثَّوْبَ ولم يذكر الثَّمَنَ فَيَنْعَقِدُ بِقِيمَتِهِ بِخِلَافِ ما إذَا كان الثَّمَنُ دَيْنًا لِأَنَّ الثَّمَنَ يَكُونُ في الذِّمَّةِ وما في الذِّمَّةِ لَا يَكُونُ مَقْصُودًا بِنَفْسِهِ بَلْ يَكُونُ وَسِيلَةً إلَى الْمَقْصُودِ فَتَصِيرُ الْخَمْرُ مَقْصُودَةً بِالتَّمْلِيكِ وَالتَّمَلُّكِ فَيَبْطُلُ أَصْلًا
وَأَمَّا بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ فَلَا يَبْطُلُ بَلْ يَفْسُدُ وَيَنْعَقِدُ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ
وَكَذَا الْخَمْرُ وَالْخِنْزِيرُ في حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَالْخَمْرُ مَالٌ في حَقِّنَا إلَّا أَنَّهُ لَا قِيمَةَ لها شَرْعًا فإذا جَعَلَ الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ ثَمَنًا فَقَدْ ذَكَرَ ما هو مَالٌ وَكَوْنُ الثَّمَنِ مَالًا في الْجُمْلَةِ أو مَرْغُوبًا فيه عِنْدَ الناس بِحَيْثُ لَا يُؤْخَذُ مَجَّانًا بِلَا عِوَضٍ يَكْفِي لِانْعِقَادِ الْعَقْدِ لِأَنَّ الْبَيْعَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ أو مُبَادَلَةُ شَيْءٍ مَرْغُوبٍ بِشَيْءٍ مَرْغُوبٍ إلَّا أَنَّ كَوْنَ الْمَعْقُودِ عليه مُتَقَوِّمًا شَرْطُ الِانْعِقَادِ وقد وُجِدَ وَكَذَا بَيْعُ الْعَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُكَاتَبِ وَالْمُسْتَسْعَى لِأَنَّ هذه الْأَمْوَالَ في الْجُمْلَةِ مَرْغُوبٌ فيها فَيَنْعَقِدُ الْعَقْدُ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ وَكَذَا بَيْعُ الْعَبْدِ بِمَا يَرْعَى إبِلَهُ من أَرْضِهِ من الْكَلَأِ أو بِمَا يَشْرَبُ من مَاءِ بِئْرِهِ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ ثَمَنًا مَالٌ مُتَقَوِّمٌ إلَّا أَنَّهُ مُبَاحٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ وَكَذَا هو مَجْهُولٌ أَيْضًا فَانْعَقَدَ بِوَصْفِ الْفَسَادِ بِقِيمَةِ الْمَبِيعِ
وَاخْتَلَفَ مَشَايِخُنَا في بَيْعِ الْعَبْدِ بِالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ قال عَامَّتُهُمْ يَبْطُلُ وقال بَعْضُهُمْ يَفْسُدُ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَبْطُلُ لِأَنَّ الْمُسَمَّى ثَمَنًا ليس بِمَالٍ أَصْلًا وَكَوْنُ الثَّمَنِ مَالًا في الْجُمْلَةِ شَرْطُ الِانْعِقَادِ
وَكَذَا اخْتَلَفُوا فِيمَا إذَا قال بِعْتُ بِغَيْرِ ثَمَنٍ قال بَعْضُهُمْ يَبْطُلُ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْكَرْخِيُّ من أَصْحَابِنَا وقال بَعْضُهُمْ يَفْسُدُ وَلَا يَبْطُلُ كما إذَا بَاعَ وَسَكَتَ عن ذِكْرِ الثَّمَنِ وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ كل وَاحِدٍ من الْقَوْلَيْنِ فِيمَا تَقَدَّمَ
ثُمَّ إذَا بَاعَ مَالًا بِمَا ليس بِمَالٍ حتى بَطَلَ الْبَيْعُ فَقَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَالَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ هل يَكُونُ مَضْمُونًا عليه أو يَكُونُ أَمَانَةً اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ يَكُونُ أَمَانَةً لِأَنَّهُ مَالٌ قَبَضَهُ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ في عَقْدٍ وُجِدَ صُورَةً لَا مَعْنًى فَالْتَحَقَ الْعَقْدُ بِالْعَدَمِ وَبَقِيَ إذْنُهُ بِالْقَبْضِ وقال بَعْضُهُمْ يَكُونُ مَضْمُونًا عليه لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ على حُكْمِ هذا الْبَيْعِ لَا يَكُونُ دُونَ الْمَقْبُوضِ على (((بعلي))) سَوْمِ الشِّرَاءِ وَذَلِكَ مَضْمُونٌ فَهَذَا أَوْلَى
وَأَمَّا الْبَيْعُ الْمَوْقُوفُ فَهُوَ بَيْعُ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهِ وهو الْمُسَمَّى بِبَيْعِ الْفُضُولِيِّ وَلَا حُكْمَ له يُعْرَفُ لِلْحَالِ لِاحْتِمَالِ الْإِجَازَةِ

وَالرَّدِّ من الْمَالِكِ فَيَتَوَقَّفُ في الْجَوَابِ في الْحَالِ لَا أَنْ يَكُونَ التَّوَقُّفُ حُكْمًا شَرْعِيًّا وقد ذَكَرْنَا حُكْمَ تَصَرُّفَاتِ الْفُضُولِيِّ ما يَبْطُلُ منها ولا (((وما))) يُتَوَقَّفُ فِيمَا تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَرْفَعُ حُكْمَ الْبَيْعِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ حُكْمُ الْبَيْعِ نَوْعَانِ نَوْعٌ يَرْتَفِعُ بِالْفَسْخِ وهو الذي يَقُومُ بِرَفْعِهِ أَحَدُ الْعَاقِدَيْنِ وهو حُكْمُ كل بَيْعٍ غَيْرِ لَازِمٍ كَالْبَيْعِ الذي فيه أَحَدُ الْخِيَارَاتِ الْأَرْبَعِ وَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَنَوْعٌ لَا يَرْتَفِعُ إلَّا بِالْإِقَالَة (((بإقالة))) وهو حُكْمُ كل بَيْعٍ لَازِمٍ وهو الْبَيْعُ الصَّحِيحُ الْخَالِيْ عن الْخِيَارِ

وَالْكَلَامُ في الْإِقَالَةِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الْإِقَالَةِ وفي بَيَانِ مَاهِيَّةِ الْإِقَالَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ صِحَّةِ الْإِقَالَةِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْإِقَالَةِ أَمَّا رُكْنُهَا فَهُوَ الْإِيجَابُ من أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ وَالْقَبُولُ من الْآخَرِ فإذا وُجِدَ الْإِيجَابُ من أَحَدِهِمَا وَالْقَبُولُ من الْآخَرِ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عليه فَقَدْ تَمَّ الرُّكْنُ لَكِنَّ الْكَلَامَ في صِيغَةِ اللَّفْظِ الذي يَنْعَقِدُ بِهِ الرُّكْنُ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عن الْمَاضِي بِأَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا أَقَلْتُ وَالْآخَرُ قَبِلْتُ أو رَضِيتُ أو هَوِيتُ وَنَحْوَ ذلك وَهَلْ تنعقد (((ينعقد))) بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِأَحَدِهِمَا عن الْمَاضِي وَبِالْآخَرِ عن الْمُسْتَقْبَلِ بِأَنْ قال أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَقِلْنِي فيقول أَقَلْتُكَ أو قال له جِئْتُكَ لِتُقِيلَنِي فقال أَقَلْتُ فقال أبو حَنِيفَةَ وأبو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَنْعَقِدُ كما في النِّكَاحِ وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَنْعَقِدُ إلَّا بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عن الْمَاضِي كما في الْبَيْعِ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ رُكْنَ الْإِقَالَةِ هو الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ كَرُكْنِ الْبَيْعِ ثُمَّ رُكْنُ الْبَيْعِ لَا يَنْعَقِدُ إلَّا بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عن الْمَاضِي فَكَذَا رُكْنُ الْإِقَالَةِ وَلَهُمَا الْفَرْقُ بين الْإِقَالَةِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ وهو أَنَّ لَفْظَةَ الِاسْتِقْبَالِ لِلْمُسَاوَمَةِ حَقِيقَةً وَالْمُسَاوَمَةُ في الْبَيْعِ معتاد (((معتادة))) فَكَانَتْ اللَّفْظَةُ مَحْمُولَةً على حَقِيقَتِهَا فلم تَقَعْ إيجَابًا بِخِلَافِ الْإِقَالَةِ لِأَنَّ هُنَاكَ لَا يُمْكِنُ حَمْلُ اللَّفْظِ على (((بعلي))) حَقِيقَتِهَا لِأَنَّ الْمُسَاوَمَةَ فيها لَيْسَتْ بِمُعْتَادَةٍ فَيُحْمَلُ على الْإِيجَابِ وَلِهَذَا حَمَلْنَاهَا على الْإِيجَابِ في النِّكَاحِ كَذَا هذا

وَأَمَّا بَيَانُ مَاهِيَّةِ الْإِقَالَةِ وعملتها (((وعملها))) فَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا في مَاهِيَّتِهَا قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ الْإِقَالَةُ فَسْخٌ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ بَيْعٌ جَدِيدٌ في حَقِّ ثَالِثٍ سَوَاءٌ كان قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ

وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنها فَسْخٌ قبل الْقَبْضِ بَيْعٌ بَعْدَهُ وقال أبو يُوسُفَ أنها بَيْعٌ جَدِيدٌ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ وَغَيْرِهِمَا إلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ أَنْ تُجْعَلَ بَيْعًا فَتُجْعَلَ فَسْخًا قال مُحَمَّدٌ أنها فَسْخٌ إلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ أَنْ تُجْعَلَ فَسْخًا فَتُجْعَلَ بَيْعًا لِلضَّرُورَةِ وقال زُفَرُ أنها فَسْخٌ في حَقِّ الناس كَافَّةً

وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أن الْإِقَالَةَ في اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عن الرَّفْعِ يُقَالُ في الدُّعَاءِ اللَّهُمَّ أَقِلْنِي عَثَرَاتِي أَيْ ارْفَعْهَا وفي الحديث من أَقَالَ نَادِمًا أَقَالَ اللَّهُ عثراته (((عثرته))) يوم الْقِيَامَةِ وَعَنْ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال أَقِيلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَثَرَاتِهِمْ إلَّا في حَدٍّ

وَالْأَصْلُ أَنَّ مَعْنَى التَّصَرُّفِ شَرْعًا ما ينبىء عنه اللَّفْظُ لُغَةً وَرَفْعُ الْعَقْدِ فَسْخُهُ وَلِأَنَّ الْبَيْعَ وَالْإِقَالَةَ اخْتَلَفَا اسْمًا فَيَخْتَلِفَانِ حُكْمًا هذا هو الْأَصْلُ فإذا كانت رَفْعًا لَا تَكُونُ بَيْعًا لِأَنَّ الْبَيْعَ إثْبَاتٌ وَالرَّفْعُ نَفْيٌ وَبَيْنَهُمَا تَنَافٍ فَكَانَتْ الْإِقَالَةُ على هذا التَّقْدِيرِ فَسْخًا مَحْضًا فَتَظْهَرُ في حَقِّ كَافَّةِ الناس

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْأَصْلَ فيها الْفَسْخُ كما قال زُفَرُ إلَّا أَنَّهُ إذَا لم يُمْكِنْ أَنْ تُجْعَلَ فَسْخًا فَتُجْعَلُ بَيْعًا ضَرُورَةً

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ مَعْنَى الْبَيْعِ هو مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وهو أَخْذُ بَدَلٍ وَإِعْطَاءُ بَدَلٍ وقد وُجِدَ فَكَانَتْ الْإِقَالَةُ بَيْعًا لِوُجُودِ مَعْنَى الْبَيْعِ فيها وَالْعِبْرَةُ

لَلْمَعْنَى لَا لِلصُّورَةِ وَلِهَذَا أعطى حُكْمَ الْبَيْعِ في كَثِيرٍ من الْأَحْكَامِ على ما نَذْكُرُ
وَكَذَا اُعْتُبِرَ بَيْعًا في حَقِّ الثَّالِثِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في تَقْرِيرِ مَعْنَى الْفَسْخِ ما ذَكَرْنَاهُ لِزُفَرَ أَنَّهُ رَفْعٌ لُغَةً وَشَرْعًا وَرَفْعُ الشَّيْءِ فَسْخُهُ وَأَمَّا تَقْرِيرُ مَعْنَى الْبَيْعِ فيه فما ذَكَرْنَا لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ بِبَدَلٍ وَهَذَا مَعْنَى الْبَيْعِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إظْهَارُ مَعْنَى الْبَيْعِ في الْفَسْخِ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ لِلتَّنَافِي فَأَظْهَرْنَاهُ في حَقِّ الثَّالِثِ فَجُعِلَ فَسْخًا في حَقِّهِمَا بَيْعًا في حَقِّ ثَالِثٍ وَهَذَا ليس بِمُمْتَنِعٍ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يُجْعَلَ الْفِعْلُ الْوَاحِدُ من شَخْصٍ وَاحِدٍ طَاعَةً من وَجْهٍ وَمَعْصِيَةً من وَجْهٍ فَمِنْ شَخْصَيْنِ أَوْلَى
وَالدَّلِيلُ عليه أنها لَا تَصِحُّ من غَيْرِ تَسْمِيَةِ الثَّمَنِ وَثَمَرَةُ هذا الِاخْتِلَافِ إذَا تَقَايَلَا ولم يُسَمِّيَا الثَّمَنَ الْأَوَّلَ أو سَمَّيَا زِيَادَةً على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أو أَنْقَصَ من الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أو سَمَّيَا جِنْسًا آخَرَ سِوَى الْجِنْسِ الْأَوَّلِ قَلَّ أو كَثُرَ أو أَجَّلَا الثَّمَنَ الْأَوَّلَ فَالْإِقَالَةُ على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَتَسْمِيَةُ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَالْأَجَلِ وَالْجِنْسِ الْآخَرِ بَاطِلَةٌ سَوَاءٌ كانت الْإِقَالَةُ قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهَا وَالْمَبِيعُ مَنْقُولٌ أو غَيْرُ مَنْقُولٍ

لِأَنَّهَا فَسْخٌ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ وَالْفَسْخُ رَفْعُ الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ وقع (((رفع))) بالثمن (((الثمن))) الْأَوَّلَ فَيَكُونُ فَسْخُهُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ ضَرُورَةً لِأَنَّهُ فَسَخَ ذلك الْعَقْدَ وَحُكْمُ الْفَسْخِ لَا يَخْتَلِفُ بين ما قبل الْقَبْضِ وَبَيْنَ ما بَعْدَهُ وَبَيْنَ الْمَنْقُولِ وَغَيْرِ الْمَنْقُولِ وَتَبْطُلُ تَسْمِيَةُ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَالْجِنْسُ الْآخَرُ وَالْأَجَلُ وَتَبْقَى الْإِقَالَةُ صَحِيحَةً لِأَنَّ إطْلَاقَ تَسْمِيَةِ هذه الْأَشْيَاءِ لَا يُؤَثِّرُ في الْإِقَالَةِ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ لَا تُبْطِلُهَا الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ
وَبِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ إنَّمَا يُؤَثِّرُ في الْبَيْعِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الرِّبَا فيه وَالْإِقَالَةُ رَفْعُ الْبَيْعِ فَلَا يُتَصَوَّرُ تَمَكُّنُ الرِّبَا فيه فَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا
وفي قَوْلِ أبي يُوسُفَ إنْ كان بَعْدَ الْقَبْضِ فَالْإِقَالَةُ على ما سَمَّيَا لِأَنَّهَا بَيْعٌ جَدِيدٌ كَأَنَّهُ بَاعَهُ فيه ابْتِدَاءً وَإِنْ كان قبل الْقَبْضِ وَالْمَبِيعُ عَقَارًا فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ جَعْلُهُ بَيْعًا لِأَنَّ بَيْعَ الْعَقَارِ قبل الْقَبْضِ جَائِزٌ عِنْدَهُ وَإِنْ كان مَنْقُولًا فَالْإِقَالَةُ فَسْخٌ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ جَعْلُهَا بَيْعًا لِأَنَّ بَيْعَ الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ الْإِقَالَةَ بَيْعٌ على كل حَالٍ فَكُلُّ ما لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لَا تَجُوزُ إقَالَتُهُ فَعَلَى هذه الرِّوَايَةِ لَا تَجُوزُ الْإِقَالَةُ عِنْدَهُ في الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ إنْ كان قبل الْقَبْضِ فَالْإِقَالَةُ تَكُونُ على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَتَبْطُلُ تَسْمِيَةُ الزِّيَادَةِ على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالْجِنْسِ الْآخَرُ وَالنُّقْصَانُ وَالْأَجَلُ يَكُونُ فَسْخًا كما قَالَهُ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ جَعْلُهَا قبل الْقَبْضِ بَيْعًا لَكِنَّ بَيْعَ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ مَنْقُولًا كان أو عَقَارًا وَإِنْ كان بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ تَقَايَلَا من غَيْرِ تَسْمِيَةِ الثَّمَنِ أَصْلًا أو سَمَّيَا الثَّمَنَ الْأَوَّلَ من غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ أو نَقَصَا عن الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَالْإِقَالَةُ على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَتَبْطُلُ تَسْمِيَةُ النُّقْصَانِ وَتَكُونُ فَسْخًا أَيْضًا كما قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنها فَسْخٌ في الْأَصْلِ وَلَا مَانِعَ من جَعْلِهَا فَسْخًا فَتُجْعَلُ فَسْخًا وَإِنْ تَقَايَلَا عن الزِّيَادَةِ أو على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أو على جِنْسٍ آخَرَ سِوَى جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ

قَلَّ أو كَثُرَ فَالْإِقَالَةُ على ما سَمَّيَا وَيَكُونُ بَيْعًا عِنْدَهُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ جَعْلُهَا فَسْخًا هَهُنَا لِأَنَّ من شَأْنِ الْفَسْخِ أَنْ يَكُونَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وإذا لم يُمْكِنْ جَعْلُهَا فَسْخًا تُجْعَلُ بَيْعًا بِمَا سَمَّيَا بِخِلَافِ ما إذَا تَقَايَلَا على أَنْقَصَ من الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْإِقَالَةَ تَكُونُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ عِنْدَهُ وَتُجْعَلُ فَسْخًا وَلَا تُجْعَلُ بَيْعًا عِنْدَهُ لِأَنَّ هذا سُكُوتٌ عن نَقْصِ الثَّمَنِ وَذَلِكَ نَقْصُ الثَّمَنِ وَالسُّكُوتُ عن النَّقْصِ لَا يَكُونُ أَعْلَى من السُّكُوتِ عن الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَهُنَاكَ يُجْعَلُ فَسْخًا لَا بَيْعًا فَهَهُنَا أَوْلَى وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَم

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا كان الْمُشْتَرَى دَارًا وَلَهَا شَفِيعٌ فقضي له بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ طَلَبَ منه الْمُشْتَرِي أَنْ يُسَلِّمَ الشُّفْعَةَ بِزِيَادَةٍ على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أو بِجِنْسٍ آخَرَ أَنَّ الزِّيَادَةَ بَاطِلَةٌ

وَكَذَا تَسْمِيَةُ الْجِنْسِ الْآخَرِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لَمَّا قضى لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ فَقَدْ انْتَقَلَتْ الصَّفْقَةُ إلَيْهِ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَالتَّسْلِيمُ بِالزِّيَادَةِ على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أو بِجِنْسٍ آخَرَ يَكُونُ إقَالَةً على الزِّيَادَةِ على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أو على جِنْسٍ آخَرَ فَتَبْطُلُ التَّسْمِيَةُ وَيَصِحُّ التَّسْلِيمُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ عِنْدَهُمَا وَإِنَّمَا اتَّفَقَ جَوَابُهُمَا هَهُنَا على أَصْلِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ لَا يَرَى جَوَازَ بَيْعِ الْمَبِيعِ الْعَقَارِ قبل الْقَبْضِ فَيَبْقَى فَسْخًا على الْأَصْلِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ الزِّيَادَةُ صَحِيحَةٌ

وَكَذَا تَسْمِيَةُ جِنْسٍ آخَرَ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ عِنْدَهُ بَيْعٌ وَلَا مَانِعَ من جَعْلِهَا بَيْعًا فَتَبْقَى بَيْعًا على الْأَصْلِ وَلَوْ تَقَايَلَا الْبَيْعَ في الْمَنْقُولِ ثُمَّ إنَّ الْبَائِعَ بَاعَهُ من الْمُشْتَرِي ثَانِيًا قبل أَنْ يَسْتَرِدَّهُ من يَدِهِ يَجُوزُ الْبَيْعُ وَهَذَا يَطَّرِدُ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَمَّا على أَصْلِ زُفَرَ فَلِأَنَّ الْإِقَالَةَ فَسْخٌ مُطْلَقٌ في حَقِّ الْكُلِّ

وَعَلَى أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَسْخٌ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ وَالْمُشْتَرِي أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَعَلَى أَصْلِ مُحَمَّدٍ فَسْخٌ عِنْدَ عَدَمِ الْمَانِعِ من جَعْلِهِ فَسْخًا وَلَا مَانِعَ هَهُنَا من جَعْلِهِ فَسْخًا بَلْ وُجِدَ الْمَانِعُ من جَعْلِهِ بَيْعًا لِأَنَّ بَيْعَ الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ فَكَانَتْ الْإِقَالَةُ فَسْخًا عِنْدَهُمْ فلم يَكُنْ هذا بَيْعَ

الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ فَجَازَ

وَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ فَلَا يَطَّرِدُ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ عِنْدَهُ بَعْدَ الْقَبْضِ بَيْعٌ مُطْلَقٌ وَبَيْعُ الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا فَكَانَ هذا الْفِعْلُ حُجَّةً عليه إلَّا أَنْ يَثْبُتَ عنه الْخِلَافُ فيه

وَلَوْ بَاعَهُ من غَيْرِ الْمُشْتَرِي لَا يَجُوزُ وَهَذَا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَطَّرِدُ

أَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ فَلِأَنَّ الْإِقَالَةَ بَعْدَ الْقَبْضِ بَيْعٌ جَدِيدٌ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ وَغَيْرِهِمَا إلَّا لِمَانِعٍ وَلَا مَانِعَ من جَعْلِهَا بَيْعًا هَهُنَا لِأَنَّا لو جَعَلْنَاهَا بَيْعًا لَا تَفْسُدُ الْإِقَالَةُ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ فَتُجْعَلُ بَيْعًا فَكَانَ هذا بَيْعُ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ فلم يَجُزْ

وَأَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَهِيَ وَإِنْ كانت فَسْخًا لَكِنْ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ وَأَمَّا في حَقِّ غَيْرِهِمَا فَهِيَ بَيْعٌ وَالْمُشْتَرِي غَيْرُهُمَا فَكَانَ بَيْعًا في بَيْعِهِ فَيَكُونُ بَيْعَ الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ

وَأَمَّا على أَصْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ فَلَا يَطَّرِدُ لِأَنَّهَا عِنْدَ زُفَرَ فَسْخٌ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ

وَغَيْرِهِمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْأَصْلُ فيها الْفَسْخُ إلَّا لِمَانِعٍ ولم يُوجَدْ الْمَانِعُ فَبَقِيَ فَسْخًا في حَقِّ الْكُلِّ ولم يَكُنْ هذا بَيْعُ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ وَإِنْ كان الْمَبِيعُ غير مَنْقُولٍ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا جَازَ بَيْعُهُ من غَيْرِ الْمُشْتَرِي أَيْضًا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَكَذَا على قِيَاسِ أَصْلِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ على أَصْلِهِ الْإِقَالَةَ بَيْعٌ في حَقِّ الْكُلِّ إلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ وَهَهُنَا يُمْكِنُ لِمَا قُلْنَا

وَعَلَى أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ بَيْعٌ في حَقِّ غَيْرِ الْعَاقِدَيْنِ فَكَانَ هذا بَيْعُ الْمَبِيعِ الْعَقَارَ قبل الْقَبْضِ وَأَنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَهُمَا وَعَلَى أَصْلِ مُحَمَّدٍ فَسْخٌ إلَّا عِنْدَ التَّعَذُّرِ وَلَا تَعَذُّرَ هَهُنَا لِأَنَّهَا حَصَلَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَبَقِيَتْ فَسْخًا فلم يَكُنْ هذا بَيْعُ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ بَلْ بَيْعُ الْمَفْسُوخِ فيه الْبَيْعُ قبل الْقَبْضِ وَهَذَا جَائِزٌ عِنْدَهُ مَنْقُولًا كان أو غير مَنْقُولٍ وَعِنْدَ زُفَرَ هو فَسْخٌ على الاطلاق فلم يَكُنْ بَيْعُهُ بَيْعَ الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ فَيَجُوزُ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا اشْتَرَى دَارًا وَلَهَا شَفِيعٌ فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ تَقَايَلَا الْبَيْعَ أو اشْتَرَاهَا ولم يَكُنْ بِجَنْبِهَا دَارٌ ثُمَّ بُنِيَتْ بِجَنْبِهَا دَارٌ ثُمَّ تَقَايَلَا الْبَيْعَ فإن الشَّفِيعَ يَأْخُذُهَا بِالشُّفْعَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ بَيْعٌ جَدِيدٌ في حَقِّ الْكُلِّ على أَصْلِ أبي يُوسُفَ وَلَا مَانِعَ من جَعْلِهَا بَيْعًا

وَعَلَى أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ بَيْعٌ في حَقِّ غَيْرِ الْعَاقِدَيْنِ وَالشَّفِيعُ غَيْرُهُمَا فَيَكُونُ بَيْعًا في حَقِّهِ فَيَسْتَحِقُّ وَأَمَّا على قِيَاسِ أَصْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ لَا يَثْبُتُ حَقُّ الشُّفْعَةِ لِأَنَّهَا فَسْخٌ مُطْلَقٌ على (((وعلى))) أَصْلِ زُفَرَ

وَعَلَى أَصْلِ مُحَمَّدٍ فَسْخٌ ما أَمْكَنَ وَهَهُنَا مُمْكِنٌ وَالشُّفْعَةُ تَتَعَلَّقُ بِالْبَيْعِ لَا بِالْفَسْخِ كَالرَّدِّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّؤْيَةِ وَنَحْوُ ذلك وَلَوْ تَقَايَلَا ثُمَّ وُهِبَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ من الْمُشْتَرِي قبل الِاسْتِرْدَادِ وَقَبِلَ الْمُشْتَرِي جَازَتْ الْهِبَةُ وَمَلَكَهُ الْمُشْتَرِي وَلَا تَنْفَسِخُ الْإِقَالَةُ وَلَوْ كان هذا في الْبَيْعِ لَا تَجُوزُ الْهِبَةُ وَيَنْفَسِخُ الْبَيْعُ بِأَنْ وَهَبَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ قبل الْقَبْضِ من الْبَائِعِ وَقَبِلَهُ الْبَائِعُ وَهَذَا يُشْكِلُ على أَصْلِ أبي يُوسُفَ لِأَنَّهُ أَجْرَى الْإِقَالَةَ بَعْدَ الْقَبْضِ مَجْرَى الْبَيْعِ وَلَوْ كانت كَذَلِكَ لَمَا جَازَتْ الْهِبَةُ وَلَكَانَتْ فَسْخًا لِلْإِقَالَةِ كما كانت فَسْخًا لِلْبَيْعِ

ثُمَّ الْفَرْقُ على أَصْلِ من يَجْعَلُهَا فَسْخًا ظَاهِرٌ لِأَنَّ الْفَسْخَ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَلَا يُمْكِنُ جَعْلُ الْهِبَةِ مَجَازًا عن الْإِقَالَةِ فَلَا تَنْفَسِخُ الْإِقَالَةُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإنه يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَأَمْكَنَ جَعْلُ الْهِبَةِ مَجَازًا عن إقَالَةِ الْبَيْعِ

وَلَوْ كان الْمَبِيعُ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا بِيعَ مُكَايَلَةً أو مُوَازَنَةً فَتَقَايَلَا الْبَيْعَ فَاسْتَرَدَّهُ الْبَائِعُ من غَيْرِ كَيْلٍ أو وَزْنٍ صَحَّ قَبْضُهُ وَهَذَا لَا يَطَّرِدُ على أَصْلِ أبي يُوسُفَ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ لو كانت بَيْعًا لَمَا صَحَّ قَبْضُهُ من غَيْرِ كَيْلٍ أو وَزْنٍ كما في الْبَيْعِ وَلَوْ تَقَايَلَا قبل قَبْضِ الْمَبِيعِ أو بَعْدَهُ ثُمَّ وَجَدَ الْبَائِعُ بِهِ عَيْبًا كان عِنْدَ بَائِعِهِ ليس له أَنْ يَرُدَّهُ عليه وَهَذَا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَطَّرِدُ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ على أَصْلِ أبي يُوسُفَ بَيْعٌ في حَقِّ الْكُلِّ وَعَلَى أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ بَيْعٌ في حَقِّ ثَالِثٍ فَكَانَ بَيْعًا في حَقِّهِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ ثَانِيًا أو وَرِثَهُ من الْمُشْتَرِي

وَعَلَى أَصْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ يُشْكِلُ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ فَسْخٌ على أَصْلِهِمَا فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَمْنَعَ الرَّدَّ وَلَوْ اشْتَرَى شيئا وَقَبَضَهُ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ ثُمَّ بَاعَهُ من أَجْنَبِيٍّ ثُمَّ تَقَايَلَا وَعَادَ الْمَبِيعُ إلَى الْمُشْتَرِي ثُمَّ إنَّ بَائِعَهُ اشْتَرَاهُ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَهُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ قبل النَّقْدِ يَجُوزُ وَهَذَا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ صَحِيحٌ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ على أَصْلِ أبي يُوسُفَ بَيْعٌ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ وَغَيْرِهِمَا

وَعَلَى أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ بَيْعٌ في حَقِّ ثَالِثٍ وَالْبَائِعُ الْأَوَّلُ هَهُنَا ثَالِثٌ فَكَانَتْ الْإِقَالَةُ بَيْعًا في حَقِّهِ كأن الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ اشْتَرَاهُ ثَانِيًا ثُمَّ بَاعَهُ من بَائِعِهِ بِأَقَلَّ من الثَّمَنِ الْأَوَّلِ قبل الْعَقْدِ وَذَلِكَ جَائِزٌ كَذَا هذا

وَأَمَّا على أَصْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ فَلَا يَطَّرِدُ لِأَنَّهُمَا يَجْعَلَانِ الْإِقَالَةَ فَسْخًا فَكَانَتْ

إعَادَةً إلَى قَدِيمِ الْمِلْكِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزُ وَأَمَّا شَرَائِطُ صِحَّةِ الْإِقَالَةِ فَمِنْهَا رِضَا الْمُتَقَايِلَيْنِ أَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مُطْلَقٌ وَالرِّضَا شَرْطُ صِحَّةِ الْبِيَاعَاتِ
وَأَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ فَلِأَنَّهَا فَسْخُ الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ لم يَنْعَقِدْ على الصِّحَّةِ إلَّا بِتَرَاضِيهِمَا أَيْضًا وَمِنْهَا الْمَجْلِسُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ مَعْنَى الْبَيْعِ مَوْجُودٌ فيها فَيُشْتَرَطُ لها الْمَجْلِسُ كما يُشْتَرَطُ لِلْبَيْعِ
وَمِنْهَا تَقَابُضُ بَدَلَيْ الصَّرْفِ في إقَالَةِ الصَّرْفِ وَهَذَا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ ظَاهِرٌ وَكَذَلِكَ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ قَبْضَ الْبَدَلَيْنِ إنَّمَا وَجَبَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ الْعَبْدِ وَالْإِقَالَةُ على أَصْلِهِ وَإِنْ كانت فَسْخًا في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ فَهِيَ بَيْعٌ جَدِيدٌ في حَقِّ ثَالِثٍ فَكَانَ حَقُّ الشَّرْعِ في حُكْمِ ثَالِثٍ فَيُجْعَلُ بَيْعًا في حَقِّهِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ بِمَحَلِّ الْفَسْخِ بِسَائِرِ أَسْبَابِ

(5/308)

الْفَسْخِ كَالرَّدِّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّؤْيَةِ وَالْعَيْبِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ فَإِنْ لم يَكُنْ بِأَنْ ازْدَادَ زِيَادَةً تَمْنَعُ الْفَسْخَ بِهَذِهِ الْأَسْبَابِ لَا تَصِحُّ الْإِقَالَةُ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ هذا ليس بِشَرْطٍ أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ عِنْدَهُمَا فَسْخٌ لِلْعَقْدِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ الْمَحَلُّ مُحْتَمِلًا لِلْفَسْخِ فإذا خَرَجَ عن احْتِمَالِ الْفَسْخِ خَرَجَ عن احْتِمَالِ الْإِقَالَةِ ضَرُورَةً
وَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ فَلِأَنَّهَا بَعْدَ الْقَبْضِ بَيْعٌ مُطْلَقٌ وهو بَعْدَ الزِّيَادَةِ مُحْتَمِلٌ لِلْبَيْعِ فَبَقِيَ مُحْتَمِلًا لِلْإِقَالَةِ وَأَمَّا على أَصْلِ مُحَمَّدٍ وَإِنْ كانت فَسْخًا لَكِنْ عِنْدَ الْإِمْكَانِ وَلَا إمْكَانَ هَهُنَا لِأَنَّا لو جَعَلْنَاهَا فَسْخًا لم يَصِحَّ
وَلَوْ جَعَلْنَاهَا بَيْعًا لَصَحَّتْ فَجُعِلَ بَيْعًا لِضَرُورَةِ والصحة (((الصحة))) فَلِهَذَا اتَّفَقَ جَوَابُ مُحَمَّدٍ مع جَوَابِ أبي يُوسُفَ في هذا الْفَصْلِ
وَمِنْهَا قِيَامُ الْمَبِيعِ وَقْتَ الْإِقَالَةِ فَإِنْ كان هَالِكًا وَقْتَ الْإِقَالَةِ لم تَصِحَّ فَأَمَّا قِيَامُ الثَّمَنِ وَقْتَ الْإِقَالَةِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ إقَالَةَ الْبَيْعِ رَفْعُهُ فَكَانَ قِيَامُهَا بِالْبَيْعِ وَقِيَامُ الْبَيْعِ بِالْمَبِيعِ لَا بِالثَّمَنِ لِأَنَّهُ هو الْمَعْقُودُ عليه على مَعْنَى أَنَّ الْعَقْدَ وَرَدَ عليه لَا على الثَّمَنِ لِأَنَّهُ يَرِدُ على الْمُعَيَّنِ وَالْمُعَيَّنُ هو الْمَبِيعُ لَا الثَّمَنُ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْيِينَ وأن عَيَّنَ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا في الذِّمَّةِ فَلَا يُتَصَوَّرُ إيرَادُ الْعَقْدِ عليه دَلَّ أَنَّ قِيَامَ الْبَيْعِ بِالْمَبِيعِ لَا بِالثَّمَنِ فإذا هَلَكَ لم يَبْقَ مَحَلُّ حُكْمِ الْبَيْعِ فَلَا يَبْقَى حُكْمُهُ فَلَا يُتَصَوَّرُ الْإِقَالَةُ التي هِيَ رَفْعُ حُكْمِ الْبَيْعِ في الْحَقِيقَةِ وإذا هَلَكَ الثَّمَنُ فَمَحَلُّ حُكْمِ الْبَيْعِ قَائِمٌ فَتَصِحُّ الْإِقَالَةُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ عَيَّنَا أو لم يُعَيِّنَا وَالْفُلُوسِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْعَدَدِيَّاتِ التقاربة (((المتقاربة))) الْمَوْصُوفَةِ في الذِّمَّةِ ثُمَّ تَقَايَلَا أَنَّهُمَا إنْ تَقَايَلَا وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ في يَدِ الْمُشْتَرِي صَحَّتْ الْإِقَالَةُ سَوَاءٌ كان الثَّمَنُ قَائِمًا في يَدِهِ أو هَالِكًا لِقِيَامِ حُكْمِ الْبَيْعِ بِقِيَامِ الْمَعْقُودِ عليه وَإِنْ تَقَايَلَا بَعْدَ هَلَاكِ الْعَيْنِ لم تَصِحَّ وَكَذَا إنْ كانت قَائِمَةً وَقْتَ الْإِقَالَةِ ثُمَّ هَلَكَتْ قبل الرَّدِّ على الْبَائِعِ بَطَلَتْ الْإِقَالَةُ سَوَاءً كان الثَّمَنُ قَائِمًا أو هَالِكًا لِأَنَّ الْإِقَالَةَ فيها مَعْنَى الْبَيْعِ

أَلَا تَرَى أَنَّ بَعْدَ الْإِقَالَةِ وَجَبَ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَدُّ ما في يَدِهِ على صَاحِبِهِ فَكَانَ هَلَاكُ الْبَيْعِ بَعْدَ الْإِقَالَةِ قبل الْقَبْضِ كَهَلَاكِهِ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ فإنه يُوجِبُ بُطْلَانَ الْبَيْعِ كَذَا هذا سَوَاءٌ بَقِيَ الثَّمَنُ أو هَلَكَ لِأَنَّهُ إذَا لم يَتَعَيَّنْ فَقِيَامُهُ وَهَلَاكُهُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ

وَكَذَا إذَا كان الْمَبِيعُ عَبْدَيْنِ وَتَقَابَضَا ثُمَّ هَلَكَا ثُمَّ تَقَايَلَا أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الْإِقَالَةُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عليه إذَا هَلَكَ لم يَبْقَ مَحَلُّ الْفَسْخِ بِالْإِقَالَةِ وَكَذَا لو كان أَحَدُهُمَا هَالِكًا وَقْتَ الْإِقَالَةِ وَالْآخَرُ قَائِمًا وَصَحَّتْ الْإِقَالَةُ ثُمَّ هَلَكَ الْقَائِمُ قبل الرَّدِّ بَطَلَتْ الْإِقَالَةُ لِأَنَّهُ هَلَكَ الْمَعْقُودُ عليه قبل الْقَبْضِ على ما بَيَّنَّا

وَلَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِعَيْنٍ وَتَقَابَضَا ثُمَّ هَلَكَتْ إحْدَاهُمَا في يَدِ مُشْتَرِيهَا ثُمَّ تَقَايَلَا صَحَّتْ الْإِقَالَةُ وَعَلَى مُشْتَرِي الْهَالِكِ قِيمَةَ الْهَالِكِ إنْ لم يَكُنْ له مِثْلٌ وَمِثْلُهُ إنْ كان له مِثْلٌ فَيُسَلِّمُهُ إلَى صَاحِبِهِ وَيَسْتَرِدُّ منه الْعَيْنَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ على حِدَةٍ لِقِيَامِ الْعَقْدِ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُمَّ خَرَجَ الْهَالِكُ من أَنْ يَكُونَ قِيَامُ الْعَقْدِ بِهِ فَيَقُومُ بِالْآخَرِ وإذا بَقِيَ الْمَبِيعُ بَقِيَ مَحَلُّ الْفَسْخِ فَيَصِحُّ أو نَقُولُ الْمَبِيعُ أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ ثَمَنٌ إذْ الْمَبِيعُ لَا بُدَّ له من الثَّمَنِ فإذا هَلَكَ أَحَدُهُمَا تَعَيَّنَ الْهَالِكُ لِلثَّمَنِ وَالْقَائِمُ لِلْمَبِيعِ لِمَا فيه من تَصْحِيحِ الْعَقْدِ وفي الْقَلْبِ إفْسَادُهُ فَكَانَ التَّصْحِيحُ أَوْلَى فَبَقِيَ الْبَيْعُ بِبَقَاءِ الْمَبِيعِ فَاحْتَمَلَ الْإِقَالَةَ

وَكَذَلِكَ لو تَقَايَلَا وَالْعَيْنَانِ قَائِمَتَانِ ثُمَّ هَلَكَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْإِقَالَةِ قبل الرَّدِّ لَا تَبْطُلُ الْإِقَالَةُ لِأَنَّ هَلَاكَ إحْدَاهُمَا قبل الْإِقَالَةِ لَمَّا لم يَمْنَعْ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ فَهَلَاكُهَا بَعْدَ الْإِقَالَةِ لَا يَمْنَعُ بَقَاءَهَا على الصِّحَّةِ من طَرِيقِ الْأَوْلَى لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ من الِابْتِدَاءِ وَهَذَا بِخِلَافِ بَيعَ الْعَرْضِ بِالْعَرْضِ أَنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ بِأَحَدِ الْعَرْضَيْنِ اِبْتِدَاءً وإذا انْعَقَدَ بِهِمَا ثُمَّ هَلَكَ أَحَدُهُمَا قبل الْقَبْضِ يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْبَيْعَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فَلَا يَنْعَقِدُ بِأَحَدِ الْبَدَلَيْنِ وَيَبْطُلُ بِهَلَاكِ أَحَدِ الْعَرْضَيْنِ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الْعَرْضَيْنِ مَبِيعٌ وَهَلَاكُ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ يُبْطِلُ الْبَيْعَ

فَأَمَّا الْإِقَالَةُ فَرَفْعُ الْبَيْعِ فَتَسْتَدْعِي بَقَاءَ حُكْمِ الْبَيْعِ وقد بَقِيَ بِبَقَاءِ أَحَدِهِمَا وَعَلَى هذا تَخْرُجُ إقَالَةُ السَّلَمِ قبل قَبْضِ الْمُسْلَمِ فيه أنها جَائِزَةٌ سَوَاءٌ كان رَأْسُ الْمَالِ دَيْنًا أو عَيْنًا وَسَوَاءٌ كان قَائِمًا في يَدِ الْمُسْلَمِ إلَيْهِ أو هَالِكًا لِأَنَّ الْمَبِيعَ هو الْمُسْلَمُ فيه وإنه قَائِمٌ وَهَذَا لِأَنَّ الْمُسْلَمَ فيه وَإِنْ كان دَيْنًا حَقِيقَةً فَلَهُ حُكْمُ الْعَيْنِ حتى لَا يَجُوزَ اسْتِبْدَالُهُ قبل الْقَبْضِ فَكَانَ كَالْمَعْقُودِ عليه وإنه قَائِمٌ فَوُجِدَ شَرْطُ صِحَّةِ الْإِقَالَةِ وإذا صَحَّتْ فَإِنْ كان رَأْسُ الْمَالِ عَيْنَ مَالٍ قَائِمَةٍ رَدَّهُ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ بِعَيْنِهِ وَإِنْ كانت هَالِكَةً فَإِنْ كان مِمَّا له مِثْلٌ رَدَّ مِثْلَهُ وَإِنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له رَدَّ قِيمَتَهُ وَإِنْ كان دَيْنًا رَدَّ مثله قَائِمًا كان أو هَالِكًا لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ

فَهَلَاكُهُ وَقِيَامُهُ سَوَاءٌ وَكَذَلِكَ لو كانت الْإِقَالَةُ بَعْدَ قَبْضِ الْمُسْلَمِ فيه وإنه قَائِمٌ في يَدِ رَبِّ السَّلَمِ أَنَّهُ تَصِحُّ الْإِقَالَةُ ثَمَّةَ لِأَنَّهَا صَحَّتْ حَالَ كَوْنِهِ دَيْنًا حَقِيقَةً فَحَالُ صَيْرُورَتِهِ عَيْنًا بِالْقَبْضِ أَوْلَى

وإذا صَحَّتْ فَعَلَى رَبِّ السَّلَمِ رَدُّ عَيْنِ الْمَقْبُوضِ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ بِعَقْدِ السَّلَمِ كَأَنَّهُ عَيْنُ ما وَرَدَ عليه الْعَقْدُ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ مُرَابَحَةً على رَأْسِ الْمَالِ وَالْمُرَابَحَةُ بَيْعُ ما اشْتَرَاهُ الْبَائِعُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ مع زِيَادَةِ رِبْحٍ وإذا كان

الْمَقْبُوضُ عَيْنَ ما وَرَدَ عليه الْعَقْدُ في التَّقْدِيرِ وَالْحُكْمِ وَجَبَ رَدُّ عَيْنِهِ في الْإِقَالَةِ
وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا بِنُقْرَةٍ أو بِمَصُوغٍ وَتَقَابَضَا ثُمَّ هَلَكَ الْعَبْدُ في يَدِ الْمُشْتَرِي ثُمَّ تَقَايَلَا وَالْفِضَّةُ قَائِمَةٌ في يَدِ الْبَائِعِ صَحَّتْ الْإِقَالَةُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ لِتَعَيُّنِهِ بِالتَّعْيِينِ فَكَانَ مَعْقُودًا عليه فَيَبْقَى الْبَيْعُ بِبَقَاءِ أَحَدِهِمَا وَعَلَى الْبَائِعِ رَدُّ عَيْنِ الْفِضَّةِ وَيَسْتَرِدُّ من الْمُشْتَرِي قِيمَةَ الْعَبْدِ لَكِنْ ذَهَبًا لَا فِضَّةً لِأَنَّ الْإِقَالَةَ وَرَدَتْ على قِيمَةِ الْعَبْدِ فَلَوْ اسْتَرَدَّ قِيمَتَهُ فِضَّةً وَالْقِيمَةُ تَخْتَلِفُ فَتَزْدَادُ أو تَنْقُصُ فَيُؤَدِّي إلَى الرِّبَا وَلَوْ كان الْعَبْدُ قَائِمًا وَقْتَ الْإِقَالَةِ ثُمَّ هَلَكَ قبل الرَّدِّ على الْبَائِعِ فَعَلَى الْبَائِعِ أَنْ يَرُدَّ الْفِضَّةَ وَيَسْتَرِدَّ قِيمَةَ الْعَبْدِ إنْ شَاءَ ذَهَبًا وَإِنْ شَاءَ فِضَّةً لِأَنَّ الْإِقَالَةَ هَهُنَا وَرَدَتْ على عَيْنِ الْعَبْدِ ثُمَّ وَجَبَتْ الْقِيمَةُ على الْمُشْتَرِي بَدَلًا لِلْعَبْدِ وَلَا رَبَا بين الْعَبْدِ وَقِيمَتِهِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

كِتَابُ الْكَفَالَةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الْكَفَالَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْكَفَالَةِ وفي بَيَانِ ما يَخْرُجُ بِهِ الْكَفِيلُ عن الْكَفَالَةِ وفي بَيَانِ الرُّجُوعِ بَعْدَ الْخُرُوجِ أَنَّهُ هل يَرْجِعُ أَمْ لَا أَمَّا الرُّكْنُ فَهُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ الْإِيجَابُ من الْكَفِيلِ وَالْقَبُولُ من الطَّالِبِ وَهَذَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وهو قَوْلُ أبي يُوسُف الْآخَرُ وفي قَوْلِهِ الْأَوَّلِ الرُّكْنُ هو الْإِيجَابُ فَحَسْبُ
فَأَمَّا الْقَبُولُ فَلَيْسَ بِرُكْنٍ وهو أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أتى بِجِنَازَةِ رَجُلٍ من الْأَنْصَارِ فقال هل على صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ فَقِيلَ نعم درهما (((درهمان))) أو دِينَارَانِ فَامْتَنَعَ من الصَّلَاةِ عليها فقال سَيِّدُنَا عَلِيٌّ أو أبو قَتَادَةَ رضي اللَّهُ عنهما هُمَا عَلَيَّ يا رَسُولَ اللَّهِ فَصَلَّى عليها ولم يُنْقَلْ قَبُولُ الطَّالِبِ وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ ضَمٌّ لُغَةً وَالْتِزَامُ الْمُطَالَبَةِ بِمَا على الْأَصِيلِ شَرْعًا لَا تَمْلِيكٌ أَلَا يُرَى أَنَّهُ يُحْتَمَلُ الْجَهَالَةُ وَالتَّعْلِيقُ بِالشَّرْطِ وَالتَّمْلِيكُ لَا يَحْتَمِلُ ذلك وَمَعْنَى الضَّمِّ وَالِالْتِزَامِ يَتِمُّ بِإِيجَابِ الْكَفِيلِ فَأَشْبَهَ النَّذْرَ
وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ الْمَرِيضَ إذَا قال عِنْدَ مَوْتِهِ لِوَرَثَتِهِ اضْمَنُوا عَنِّي ما عَلَيَّ من الدَّيْنِ لِغُرَمَائِي وَهُمْ غُيَّبٌ فَضَمِنُوا ذلك فَهُوَ جَائِزٌ وَيَلْزَمُهُمْ وَأَيُّ فَرْقٍ بين الْمَرِيضِ وَالصَّحِيحِ وَلَهُمَا أَنَّ الْكَفَالَةَ لَيْسَتْ بِالْتِزَامٍ مَحْضٍ بَلْ فيها مَعْنَى التَّمْلِيكِ لِمَا نَذْكُرُ وَالتَّمْلِيكُ لَا يَتِمُّ إلَّا بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ كَالْبَيْعِ وَالْجَوَابُ عن مَسْأَلَةِ الْمَرِيضِ نَذْكُرُهُ من بَعْدُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
فإذا عَرَفْت أَنَّ رُكْنَ الْكَفَالَةِ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ فَالْإِيجَابُ من الْكَفِيلِ أَنْ يَقُولَ أنا كَفِيلٌ أو ضَمِينٌ أو زَعِيمٌ أو غَرِيمٌ أو قَبِيلٌ أو حَمِيلٌ أو لَك عَلَيَّ أو لَك قِبَلِي أو لَك عِنْدِي
أَمَّا لَفْظُ الْكَفَالَةِ وَالضَّمَانِ فَصَرِيحَانِ وَكَذَلِكَ الزَّعَامَةُ بِمَعْنَى الْكَفَالَةِ وَالْغَرَامَةُ بِمَعْنَى الضَّمَانِ قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الزَّعِيمُ غَارِمٌ أَيْ الْكَفِيلُ ضَامِنٌ وَكَذَلِكَ الْقُبَالَةُ بِمَعْنَى الْكَفَالَةِ أَيْضًا يُقَالُ قَبِلْت بِهِ أَقْبَلُ قُبَالَةً وَتَقَبَّلْت بِهِ أَيْ كَفَلْتُ قال اللَّهُ تَعَالَى { أو تَأْتِيَ بِاَللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا } أَيْ كَفِيلًا يَكْفُلُونِي

الْمَحْمُولِ فَعِيلٌ بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ كَالْقَتِيلِ بِمَعْنَى الْمَقْتُولِ وإنه ينبىء عن تَحَمُّلِ الضَّمَانِ
وَقَوْلُهُ على كَلِمَةِ إيجَابٍ وَكَذَا قَوْلُهُ إلَيَّ
قال رسول اللَّهِ من تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ وَمَنْ تَرَكَ دَيْنًا فَإِلَيَّ وَعَلَيَّ وَقَوْلُهُ قِبَلِي ينبىء عن الْقُبَالَةِ وَهِيَ الْكَفَالَةُ على ما ذَكَرْنَا
وَقَوْلُهُ عِنْدِي وَإِنْ كانت مُطْلَقَةً لِلْوَدِيعَةِ لَكِنَّهُ بِقَرِينَةِ الدَّيْنِ يَكُونُ كَفَالَةً لِأَنَّ قَوْلَهُ عِنْدِي يَحْتَمِلُ الْيَدَ وَيَحْتَمِلُ الذِّمَّةَ لِأَنَّهَا كَلِمَةُ قُرْبٍ وَحَضْرَةٍ وَذَلِكَ يُوجَدُ فِيهِمَا جميعا فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يُحْمَلُ على الْيَدِ لِأَنَّهُ أَدْنَى وَعِنْدَ قَرِينَةِ الدَّيْنِ يُحْمَلُ على الذِّمَّةِ أَيْ في ذِمَّتِي لِأَنَّ الدَّيْنَ لَا يَحْتَمِلُهُ إلَّا الذِّمَّةُ
وَأَمَّا الْقَبُولُ من الطَّالِبِ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ قَبِلْتُ أو رَضِيتُ أو هَوَيْتُ أو ما يَدُلُّ على هذا الْمَعْنَى ثُمَّ رُكْنُ الْكَفَالَةِ في الْأَصْلِ لَا يَخْلُو عن أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ إمَّا أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا أو مُقَيَّدًا بِوَصْفٍ أو مُعَلَّقًا بِشَرْطٍ أو مُضَافًا إلَى وَقْتٍ فَإِنْ كان مُطْلَقًا فَلَا شَكَّ في جَوَازِهِ إذَا اسْتَجْمَعَ شَرَائِطَ الْجَوَازِ وَهِيَ ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى غير أَنَّهُ إنْ كان الدَّيْنُ على الْأَصِيلِ حَالًّا كانت الْكَفَالَةُ حَالَّةً وَإِنْ كان الدَّيْنُ عليه مُؤَجَّلًا كانت الْكَفَالَةُ مُؤَجَّلَةً لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِمَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ فَتَتَقَيَّدُ بِصِفَةِ الْمَضْمُونِ
وَأَمَّا الْمُقَيَّدُ فَلَا يَخْلُو أَمَا إنْ كان مُقَيَّدًا بِوَصْفِ التَّأْجِيلِ أو بِوَصْفِ الْحُلُولِ فَإِنْ كانت الْكَفَالَةُ مُؤَجَّلَةً فَإِنْ كان التَّأْجِيلُ إلَى وَقْتٍ مَعْلُومٍ بِأَنْ كَفَلَ إلَى شَهْرٍ أو سَنَةٍ جَازَ ثُمَّ إنْ كان الدَّيْنُ على الْأَصِيلِ مُؤَجَّلًا إلَى أَجَلٍ مِثْلِهِ يَتَأَجَّلُ إلَيْهِ في حَقِّ الْكَفِيلِ أَيْضًا وَإِنْ سمي الْكَفِيلُ أَجَلًا أَزْيَدَ من ذلك أو أَنْقَصَ جَازَ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ حَقُّ للطالب (((الطالب))) فَلَهُ أَنْ يَتَبَرَّعَ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِتَأْخِيرِ حَقِّهِ وَإِنْ كان الدَّيْنُ عليه حَالًّا جَازَ التَّأْجِيلُ إلَى الْأَجَلِ الْمَذْكُورِ وَيَكُونُ ذلك تَأْجِيلًا في حَقِّهِمَا جميعا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وروي ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ أن يَكُونُ تَأْجِيلًا في حَقِّ الْكَفِيلِ خَاصَّةً
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ إن الطَّالِبَ خَصَّ الْكَفِيلَ بِالتَّأْجِيلِ فَيَخُصُّ بِهِ كما إذَا كَفَلَ حَالًّا أو مُطْلَقًا ثُمَّ أَخَّرَ عنه بَعْدَ الْكَفَالَةِ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ التَّأْجِيلَ في نَفْسِ الْعَقْدِ يَجْعَلُ الْأَجَلَ صِفَةً لِلدَّيْنِ وَالدَّيْنُ وَاحِدٌ وهو على الْأَصِيلِ فَيَصِيرُ مُؤَجَّلًا عليه ضَرُورَةً بِخِلَافِ ما إذَا كان بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ الْمُتَأَخِّرَ عن الْعَقْدِ يُؤَخِّرُ الْمُطَالَبَةَ وقد خُصَّ بِهِ الْكَفِيلُ فَلَا يَتَعَدَّى إلَى الْأَصِيلِ
وَلَوْ كان الدَّيْنُ على الْأَصِيلِ مُؤَجَّلًا إلَى سَنَةٍ فَكَفَلَ بِهِ مُؤَجَّلًا إلَى سَنَةٍ أو مُطْلَقًا ثُمَّ مَاتَ الْأَصِيلُ قبل تَمَامِ السَّنَةِ يَحِلُّ الدَّيْنُ في مَالِهِ وهو على الْكَفِيلِ إلَى أَجَلِهِ
وَكَذَا لو مَاتَ الْكَفِيلُ دُونَ الْأَصِيلِ يَحِلُّ الدَّيْنُ في مَالِ الْكَفِيلِ وهو على الْأَصِيلِ إلَى أَجَلِهِ لِأَنَّ الْمُبْطِلَ لِلْأَجَلِ وُجِدَ في حَقِّ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ وَإِنْ كان التَّأْجِيلُ إلَى وَقْتٍ مَجْهُولٍ فَإِنْ كان يُشْبِهُ آجَالَ الناس كَالْحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَالنَّيْرُوزِ وَنَحْوِهِ فَكَفَلَ إلَى هذه الْأَوْقَاتِ جَازَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ

رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ هذا عَقْدٌ إلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ فَلَا يَصِحُّ كَالْبَيْعِ
وَلَنَا أَنَّ هذا ليس بِجَهَالَةٍ فَاحِشَةٍ فَتَحْمِلُهَا الْكَفَالَةُ وَهَذَا لِأَنَّ الْجَهَالَةَ لَا تَمْنَعُ من جَوَازِ الْعَقْدِ لِعَيْنِهَا بَلْ لِإِفْضَائِهَا إلَى الْمُنَازَعَةِ بِالتَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ وَجَهَالَةُ التقدير (((التقديم))) وَالتَّأْخِيرِ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ في بَابِ الْكَفَالَةِ لِأَنَّهُ يُسَامَحُ في أَخْذِ الْعَقْدِ ما لَا يُسَامَحُ في غَيْرِهِ لِإِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ من جِهَةِ الْأَصِيلِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ جَوَازُهَا بِالْعُرْفِ وَالْكَفَالَةُ إلَى هذه الْآجَالِ مُتَعَارَفَةٌ وَلَوْ كانت الْكَفَالَةُ حَالَّةً فَأَخَّرَ إلَى هذه الْأَوْقَاتِ جَازَ أَيْضًا لِمَا ذَكَرْنَا
وَإِنْ كان لَا يُشْبِهُ آجَالَ الناس كمجىء (((كمجيء))) الْمَطَرِ وَهُبُوبِ الرِّيحِ فَالْأَجَلُ بَاطِلٌ وَالْكَفَالَةُ صَحِيحَةٌ لِأَنَّ هذه جَهَالَةٌ فَاحِشَةٌ فَلَا تَتَحَمَّلُهَا الْكَفَالَةُ فلم يَصِحَّ التَّأْجِيلُ فَبَطَلَ وَبَقِيَتْ الْكَفَالَةُ صَحِيحَةً
وَكَذَا لو كان على رَجُلٍ دَيْنٌ فَأَجَّلَهُ الطَّالِبُ إلَى هذه الْأَوْقَاتِ جَازَ وَإِنْ كان ثَمَنُ مَبِيعٍ وَلَا يُوجِبُ ذلك فَسَادَ الْبَيْعِ لِأَنَّ تَأْجِيلَ الدَّيْنِ ابْتِدَاءً بِمَنْزِلَةِ التَّأْخِيرِ في الْكَفَالَةِ وَذَا لَا يُؤَثِّرُ في الْبَيْعِ فَكَذَا هذا هذا إذَا كانت الْكَفَالَةُ مُؤَجَّلَةً فَأَمَّا إذَا كانت حَالَّةً فَإِنْ شَرَطَ الطَّالِبُ الْحُلُولَ على الْكَفِيلِ جَازَ سَوَاءٌ كان الدَّيْنُ على الْأَصِيلِ حَالًّا أو مُؤَجَّلًا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُطَالَبَةَ حَقُّ الْمَكْفُولِ له فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه بِالتَّعْجِيلِ وَالتَّأْجِيلِ وَلَوْ كَفَلَ حَالًّا ثُمَّ أَجَّلَهُ الطَّالِبُ بَعْدَ ذلك يَتَأَخَّرُ في حَقِّ الْكَفِيلِ إذَا قَبِلَ التَّأْخِيرُ دُونَ الْأَصْلِ بِخِلَافِ ما إذَا كان التَّأْجِيلُ في الْعَقْدِ لِمَا ذَكَرْنَا من الْفَرْقِ
وَلَوْ كان الدَّيْنُ على الْأَصْلِ حَالًّا فَأَخَّرَهُ الطَّالِبُ إلَى مُدَّةٍ وَقَبِلَهُ الْمَطْلُوبُ جَازَ التَّأْخِيرُ وَيَكُونُ تَأْخِيرًا في حَقِّ الْكَفِيلِ
هذا إذَا كانت الكفالة مُقَيَّدَةً بِوَصْفٍ فَأَمَّا إذَا كانت مُعَلَّقَةً بِشَرْطٍ فَإِنْ كان الْمَذْكُورُ شَرْطًا سَبَبًا لِظُهُورِ

(6/3)

الْحَقِّ أو لِوُجُوبِهِ أو وَسِيلَةً إلَى الْأَدَاءِ في الْجُمْلَةِ جَازَ بِأَنْ قال إنْ اسْتَحَقَّ الْمَبِيعَ فَأَنَا كَفِيلٌ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْمَبِيعِ سَبَبٌ لِظُهُورِ الْحَقِّ وَكَذَا إذَا قال إذَا قَدِمَ زَيْدٌ فَأَنَا كَفِيلٌ لِأَنَّ قُدُومَهُ وَسِيلَةٌ إلَى الْأَدَاءِ في الْجُمْلَةِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مَكْفُولًا عنه أو يَكُونَ مُضَارَبَةً فَإِنْ لم يَكُنْ سَبَبًا لِظُهُورِ الْحَقِّ وَلَا لِوُجُوبِهِ وَلَا وَسِيلَةَ إلَى الْأَدَاءِ في الْجُمْلَةِ لَا يَجُوزُ بِأَنْ قال إذَا جاء الْمَطَرُ أو هَبَّتْ الرِّيحُ أو إنْ دخل زَيْدٌ الدَّارَ فَأَنَا كَفِيلٌ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ فيها مَعْنَى التَّمْلِيكِ لِمَا ذَكَرْنَا وَالْأَصْلُ أَنْ لَا يَجُوزَ تَعْلِيقُهَا بِالشَّرْطِ إلَّا شَرْطًا أُلْحِقَ بِهِ تعقل (((تعلق))) بِالظُّهُورِ أو التَّوَسُّلِ إلَيْهِ في الْجُمْلَةِ فَيَكُونُ مُلَائِمًا لِلْعَقْدِ فَيَجُوزُ وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ جَوَازُهَا بِالْعُرْفِ وَالْعُرْفُ في مِثْلِ هذا الشَّرْطِ دُونَ غَيْرِهِ
وَلَوْ قال إنْ قَتَلَك فُلَانٌ أو إنْ شَجَّك فُلَانٌ أو إنْ أغصبك (((غصبك))) فُلَانٌ أو إنْ بَايَعْت فُلَانًا فَأَنَا ضَامِنٌ لِذَلِكَ جَازَ لِأَنَّ هذه الْأَفْعَالَ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ
وَلَوْ قال إنْ غَصَبَك فُلَانٌ ضَيْعَتَك فَأَنَا ضَامِنٌ لم يَجُزْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَجَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ بِنَاءً على أَنَّ غَصْبَ الْعَقَارِ لَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَحَقَّقُ وَلَوْ قال من قَتَلَك من الناس أو من غَصَبَك من الناس أو

من شَجَّك من الناس أو من بَايَعَكَ من الناس لم يَجُزْ لَا من قِبَلِ التَّعْلِيقِ بِالشَّرْطِ بَلْ لِأَنَّ الْمَضْمُونَ عنه مَجْهُولٌ وَجَهَالَةُ الْمَضْمُونِ عنه تَمْنَعُ صِحَّةَ الْكَفَالَةِ

وَلَوْ قال ضَمِنَتْ لَك ما على فَلَانَ إنْ توى (((نوي))) جَازَ لِأَنَّ هذا شَرْطٌ مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ لِأَنَّهُ مُؤَكِّدٌ لِمَعْنَى التَّوَسُّلِ إلَى ما هو الْمَقْصُودُ وَكَذَا لو قال إنْ خَرَجَ من الْمِصْرِ ولم يُعْطِك فَأَنَا ضَامِنٌ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ شَرَطَ في الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ تَسْلِيمَ الْمَكْفُولِ بِهِ في وَقْتٍ بِعَيْنِهِ جَازَ لِأَنَّ هذا تَأْجِيلُ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ إلَى وَقْتٍ مَعْلُومٍ فَيَصِحُّ كَالْكَفَالَةِ بِالْمَالِ وَكَذَا سَائِرُ أَنْوَاعِ الْكَفَالَاتِ في التَّعْلِيقِ بِالشَّرْطِ وَالتَّأْجِيلِ وَالْإِضَافَةِ إلَى الْوَقْتِ سَوَاءٌ لِأَنَّ الْكُلَّ في مَعْنَى الْكَفَالَةِ على السَّوَاءِ

وَلَوْ قال كَفَلَتْ لَك مَالَك على فُلَانٍ حَالًّا على أَنَّك مَتَى طَلَبْته فَلِيَ أَجَلُ شَهْرٍ جَازَ وإذا طَلَبْته منه فَلَهُ أَجَلُ ثُمَّ إذَا مَضَى الشَّهْرُ فَلَهُ أَنْ يأخذه (((يأخذ))) مَتَى شَاءَ

وَلَوْ شَرَطَ ذلك بَعْدَ تَمَامِ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ حَالًّا لم يَجُزْ وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ مَتَى شَاءَ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمَوْجُودَ هَهُنَا كَفَالَتَانِ إحْدَاهُمَا حَالَّةٌ مُطْلَقَةٌ وَالثَّانِيَةُ مُؤَجَّلَةٌ إلَى شَهْرٍ مُعَلَّقَةٌ بِشَرْطِ الطَّلَبِ فإذا وُجِدَ الشَّرْطُ ثَبَتَ التَّأْجِيلُ إلَى شَهْرٍ فإذا مَضَى الشَّهْرُ انْتَهَى حُكْمُ التَّأْجِيلِ فَيَأْخُذُهُ بِالْكَفَالَةِ الْحَالَّةِ هذا مَعْنَى قَوْلِهِ في الْكِتَابِ يَأْخُذُهُ مَتَى شَاءَ بِالطَّلَبِ الْأَوَّلِ بِخِلَافِ ما إذَا كان التَّأْجِيلُ بِالشَّرْطِ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ لِأَنَّ ذلك تَعْلِيقُ التَّأْجِيلِ بِالشَّرْطِ لَا تَعْلِيقُ الْعَقْدِ الْمُؤَجَّلِ بِالشَّرْطِ وَالتَّأْجِيلُ نَفْسُهُ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ فَبَطَلَ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ إذَا كَفَلَ إلَى قُدُومِ زَيْدٍ جَازَ وَلَوْ كَفَلَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَخَّرَ إلَى قُدُومِ زَيْدٍ لم يَجُزْ لِمَا ذَكَرْنَا كَذَا هذا

وَلَوْ كَفَلَ بِنَفْسِ الْمَطْلُوبِ على أَنَّهُ إنْ لم يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ ما عليه وهو الْأَلْفُ فَمَضَى الْوَقْتُ ولم يُوَافِ بِهِ فَالْمَالُ لَازِمٌ لِلْكَفِيلِ لِأَنَّ هُنَا كَفَالَتَانِ بِالنَّفْسِ وَبِالْمَالِ إلَّا أَنَّهُ كَفَلَ بِالنَّفْسِ مُطْلَقًا وَعَلَّقَ الْكَفَالَةَ بِالْمَالِ بِشَرْطِ عَدَمِ الْمُوَافَاةِ بِالنَّفْسِ فَكُلُّ ذلك جَائِزٌ

أَمَّا الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فَلَا شَكَّ فيها وَكَذَا الْكَفَالَةُ بِالْمَالِ لِأَنَّ هذا شَرْطٌ مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ مُحَقِّقٌ لِمَا شُرِعَ له وهو الْوُصُولُ إلَى الْحَقِّ من جِهَةِ الْكَفِيلِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْوُصُولِ إلَيْهِ من قِبَلِ الْأَصِيلِ فإذا لم يُوجَدْ الشَّرْطُ لَزِمَهُ الْمَالُ وإذا أَدَّاهُ لَا يَبْرَأُ عن الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ لِجَوَازِ أَنْ يَدَّعِيَ عليه مَالًا آخَرَ فَيَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ نَفْسِهِ وَكَذَا إذَا قال فَعَلَيْهِ ما عليه وَعَلَيْهِ أَلْفٌ ولم يُسَمِّ لِأَنَّ جَهَالَةَ قَدْرِ الْمَكْفُولِ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْكَفَالَةِ وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ الْأَلْفِ لِأَنَّهُ أضف (((أضاف))) الْكَفَالَةَ إلَى ما عليه وَالْأَلْفُ عليه وَكَذَا لو كَفَلَ لِامْرَأَةٍ بِصَدَاقِهَا إنْ لم يُوَافِ الزَّوْجُ وَصَدَاقُهَا وَصِيفٌ فالوصيف (((فالوصف))) لَازِمٌ لِلْكَفِيلِ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالْوَصِيفِ كَفَالَةٌ بِمَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ وهو الزَّوْجُ لِأَنَّ الْحَيَوَانَ يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ بَدَلًا عَمَّا ليس بِمَالٍ فَيَلْزَمُ الْكَفِيلَ وَلَوْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ وقال إنْ لم أُوَافِك بِهِ غَدًا فعلى أَلْفُ دِرْهَمٍ ولم يَقُلْ الْأَلْفُ التي عليه أو الْأَلْفُ التي ادَّعَيْت وَالْمَطْلُوبُ يُنْكِرُ فَالْمَالُ لَازِمٌ لِلْكَفِيلِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَلْزَمُهُ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ هذا إيجَابُ الْمَالِ مُعَلَّقًا بِالْخَطَرِ ابْتِدَاءً لِأَنَّهُ لم تُوجَدْ الْإِضَافَةُ إلَى الْوَاجِبِ وَوُجُوبُ الْمَالِ ابْتِدَاءً لَا يَتَعَلَّقُ بِالْخَطَرِ فَأَمَّا الْكَفَالَةُ بِمَالٍ ثَابِتٍ فَتَتَعَلَّقُ بِالْخَطَرِ ولم يُوجَدْ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن مُطْلَقَ الْأَلْفِ يَنْصَرِفُ إلَى الْأَلْفِ الْمَعْهُودَةِ وَهِيَ الْأَلْفُ الْمَضْمُونَةُ مع ما أَنَّ في الصَّرْفِ إلَى ابْتِدَاءِ الْإِيجَابِ فَسَادَ الْعَقْدِ وفي الصَّرْفِ

إلَى ما عليه صِحَّتُهُ فَالصَّرْفُ إلَى ما فيه صِحَّةُ الْعَقْدِ أَوْلَى
وَلَوْ كَفَلَ بِنَفْسِهِ على أَنْ يُوَافِيَ بِهِ إذَا ادَّعَى بِهِ فَإِنْ لم يَفْعَلْ فَعَلَيْهِ الْأَلْفُ التي عليه

(6/4)

جَازَ لِأَنَّهُ كَفَلَ بِالنَّفْسِ مُطْلَقًا وَعَلَّقَ الْكَفَالَةَ بِالْمَالِ بِشَرْطِ عَدَمِ الْمُوَافَاةِ بِالنَّفْسِ عِنْدَ طَلَبِ الْمُوَافَاةِ وَهَذَا شَرْطٌ مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ لِمَا ذَكَرْنَا فإذا طَلَبَ منه الْمَكْفُولُ له تَسْلِيمَ النَّفْسِ فَإِنْ سَلَّمَ مَكَانَهُ برىء لِأَنَّهُ أتى بِمَا الْتَزَمَ وَإِنْ لم يُسَلِّمْ فَعَلَيْهِ الْمَالُ لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ وهو عَدَمُ الْمُوَافَاةِ بِالنَّفْسِ عِنْدَ الطَّلَبِ وَلَوْ قال إئْتِنِي بِهِ عَشِيَّةً أو غُدْوَةً وقال الْكَفِيلُ أنا آتِيك بِهِ بَعْدَ غَدٍ فَإِنْ لم يَأْتِ بِهِ في الْوَقْتِ الذي طَلَبَ الْمَكْفُولُ له فَعَلَيْهِ الْمَالُ لِوُجُودِ شَرْطِ اللُّزُومِ وَإِنْ أَخَّرَ الْمُطَالَبَةَ إلَى ما بَعْدِ غَدٍ كما قَالَهُ الْكَفِيلُ فَأَتَى بِهِ فَهُوَ بَرِيءٌ من الْمَالِ لِأَنَّهُ بِالتَّأْخِيرِ أَبْطَلَ الطَّلَبَ الْأَوَّلَ فلم يَبْقَ التَّسْلِيمُ وَاجِبًا عليه وَصَارَ كَأَنَّهُ طَلَبَ منه من الِابْتِدَاءِ التَّسْلِيمَ بَعْدَ غَدٍ وقد وُجِدَ وبرىء من الْمَالِ وَلَوْ كَفَلَ بِالْمَالِ وقال إنْ وَافَيْتُك بِهِ غَدًا فَأَنَا برىء (((بريء))) فَوَافَاهُ من الْغَدِ يَبْرَأُ من الْمَالِ في رِوَايَةٍ وفي رِوَايَةٍ لَا يَبْرَأُ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأَخِيرَةِ إن قَوْلَهُ إنْ وَافَيْتُك بِهِ غَدًا فَأَنَا بَرِيءٌ تَعْلِيقُ الْبَرَاءَةِ عن الْمَالِ بِشَرْطِ الْمُوَافَاةِ بِالنَّفْسِ وَالْبَرَاءَةُ لَا تَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ لِأَنَّ فيها مَعْنَى التَّمْلِيكِ وَالتَّمْلِيكَاتُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِالشَّرْطِ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى إن هذا ليس بِتَعْلِيقِ الْبَرَاءَةِ بِشَرْطِ الْمُوَافَاةِ بَلْ هو جَعْلُ الْمُوَافَاةِ غَايَةً لِلْكَفَالَةِ بِالْمَالِ وَالشَّرْطُ قد يُذْكَرُ بِمَعْنَى الْغَايَةِ لِمُنَاسِبَةٍ بَيْنَهُمَا وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ
وَلَوْ شَرَطَ في الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ أَنْ يُسَلِّمَهُ إلَيْهِ في مَجْلِسِ الْقَاضِي جَازَ لِأَنَّ هذا شَرْطٌ مُفِيدٌ وَيَكُونُ التَّسْلِيمُ في الْمِصْرِ أو في مَكَانٍ يَقْدِرُ على إحْضَارِهِ مَجْلِسَ الْقَاضِي تَسْلِيمًا إلَى الْقَاضِي لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يُسَلِّمَهُ إلَيْهِ في مِصْرٍ مُعَيَّنٍ يَصِحُّ التَّقْيِيدُ بِالْمِصْرِ بِالْإِجْمَاعِ إلَّا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّعْيِينُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَدْفَعَهُ إلَيْهِ عِنْدَ الْأَمِيرِ لَا يَتَقَيَّدُ بِهِ حتى لو دَفْعَهُ إلَيْهِ عِنْدَ الْقَاضِي أو عُزِلَ الْأَمِيرُ وولى غَيْرُهُ فَدَفَعَهُ إلَيْهِ عِنْدَ الثَّانِي جَازَ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ وَلَوْ كَفَلَ بِنَفْسِهِ فَإِنْ لم يُوَافِ بِهِ فَعَلَيْهِ ما يَدَّعِيه الطَّالِبُ فَإِنْ ادَّعَى الطَّالِبُ أَلْفًا فَإِنْ لم يَكُنْ عليه بَيِّنَةٌ لَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ بِنَفْسِ الدَّعْوَى شَيْءٌ فَقَدْ أَضَافَ الِالْتِزَامُ إلَى ما ليس بِسَبَبِ اللُّزُومِ وَكَذَا إذَا أَقَرَّ بها الْمَطْلُوب لِأَنَّ إقْرَارَهُ حُجَّةٌ عليه لَا على غَيْرِهِ فَلَا يَصْدُقُ على الْكَفِيلِ وَلَوْ قَامَتْ الْبَيِّنَةُ عليها أو أَقَرَّ بها الْكَفِيلُ فَعَلَيْهِ الْأَلْفُ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ سَبَبٌ لِظُهُورِ الْحَقِّ وَكَذَا إقْرَارُ الْإِنْسَانِ على نَفْسِهِ صَحِيحٌ فَيُؤَاخذُ بِهِ
وَلَوْ كَفَلَ بِنَفْسِهِ على أَنَّهُ إنْ لم يُوَافِ بِهِ إلَى شَهْرٍ فَعَلَيْهِ ما عليه فَمَاتَ الْكَفِيلُ قبل الشَّهْرِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ثُمَّ مَضَى الشَّهْرُ قبل أَنْ يَدْفَعَ وَرَثَةُ الْكَفِيلِ الْمَكْفُولَ بِهِ إلَى الطَّالِبِ فَالْمَالُ لَازِمٌ لِلْكَفِيلِ وَيَضْرِبُ الطَّالِبُ مع الْغُرَمَاءِ أَمَّا لُزُومُ الْمَالِ فَلِأَنَّ الْحُكْمَ بَعْدَ الشَّرْطِ يَثْبُتُ مُضَافًا إلَى السَّبَبِ السَّابِقِ وهو

عنده مُبَاشَرَةِ السَّبَبِ صَحِيحٌ وَلِهَذَا لو كَفَلَ وهو صَحِيحٌ ثُمَّ مَرِضَ تُعْتَبَرُ الْكَفَالَةُ من جَمِيعِ الْمَالِ لَا من الثُّلُثِ وَأَمَّا الضَّرْبُ مع الْغُرَمَاءِ فَلِاسْتِوَاءِ الدِّينَيْنِ وَكَذَا لو مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ ثُمَّ مَاتَ الْكَفِيلُ لِأَنَّهُ إذَا ما (((مات))) فَقَدْ عَجَزَ الْكَفِيلُ عن تَسْلِيمِ نَفْسِهِ فَوُجِدَ شَرْطُ لُزُومِ الْمَالِ بِالسَّبَبِ السَّابِقِ

هذا إذَا كانت الْكَفَالَةُ مُعَلَّقَةً بِالشَّرْطِ فَأَمَّا إذَا كانت مُضَافَةً إلَى وَقْتٍ بِأَنْ ضَمِنَ ما أدان له على فُلَانٍ أو ما قَضَى له عليه أو ما دَايَنَ فُلَانًا أو ما أَقْرَضَهُ أو ما اسْتَهْلَكَ من مَالِهِ أو ما غَصَبَهُ أو ثَمَنَ ما بَايَعَهُ صَحَّتْ هذه الْكَفَالَةُ لِأَنَّهَا أُضِيفَتْ إلَى سَبَبِ الضَّمَانِ وَإِنْ لم يَكُنْ الضَّمَانُ ثَابِتًا في الْحَالِ وَالْكَفَالَةُ إنْ كان فيها مَعْنَى التَّمْلِيكِ فَلَيْسَتْ بِتَمْلِيكٍ مَحْضٍ فَجَازَ أَنْ تحتمل (((يحتمل))) الْإِضَافَةَ

وَلَوْ قال كُلَّمَا بَايَعْت فُلَانًا فَثَمَنُهُ عَلَيَّ أو ما بَايَعْتَ أو الذي بَايَعْت يُؤَاخَذُ الْكَفِيلُ بِجَمِيعِ ما بَايَعَهُ

وَلَوْ قال إنْ بَايَعْتَ أو إذَا بَايَعْت أو مَتَى بَايَعْتَ يُؤَاخَذُ بِثَمَنِ أَوَّلِ الْمُبَايَعَةِ لا يُؤَاخَذُ بِثَمَنِ ما بَايَعَهُ بَعْدَهَا لِأَنَّ كَلِمَةَ كُلَّ لِعُمُومِ الْأَفْعَالِ وَكَذَا كَلِمَةُ ما وَالَّذِي لِلْعُمُومِ وقد دَخَلَتْ على الْمُبَايَعَةِ فَيَقْتَضِي تَكْرَارَ الْمُبَايَعَةِ ولم يُوجَدْ مِثْلُ هذه الدَّلَالَةِ في قَوْلِهِ إنْ بَايَعْتَ وَنَظَائِرِهِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فصل (((ركن))) وَأَمَّا شَرَائِطُ الْكَفَالَةِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْكَفِيلِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْأَصِيلِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَكْفُولِ له وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَكْفُولِ بِهِ ثُمَّ منها ما هو شَرْطُ الِانْعِقَادِ وَمِنْهَا ما هو شَرْطُ النَّفَاذِ

أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْكَفِيلِ فَأَنْوَاعٌ منها الْعَقْلُ وَمِنْهَا الْبُلُوغُ وأنهما من شَرَائِطِ الِانْعِقَادِ لِهَذَا التَّصَرُّفِ فَلَا تَنْعَقِدُ كَفَالَةُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِأَنَّهَا عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلَا تَنْعَقِدُ مِمَّنْ ليس من أَهْلِ التَّبَرُّعِ إلَّا أَنَّ الْأَبَ أو الْوَصِيَّ لو اسْتَدَانَ دَيْنًا في نَفَقَةِ الْيَتِيمِ وَأَمَرَ الْيَتِيمَ أَنْ يَضْمَنَ الْمَالَ عنه جَازَ

وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَكْفُلَ عنه النَّفْسَ لم يَجُزْ لِأَنَّ ضَمَانَ الدَّيْنِ قد لَزِمَهُ من غَيْرِ شَرْطٍ فَالشَّرْطُ

لَا يَزِيدُهُ إلَّا تَأْكِيدًا فلم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا فَأَمَّا ضَمَانُ النَّفْسِ وهو تَسْلِيمُ نَفْسِ الْأَبِ أو الْوَصِيِّ فلم يَكُنْ عليه فَكَانَ مُتَبَرِّعًا فيه فلم يَجُزْ

وَمِنْهَا الْحُرِّيَّةُ وَهِيَ شَرْطُ نَفَاذِ هذا التَّصَرُّفِ فَلَا تَجُوزُ كَفَالَةُ الْعَبْدِ مَحْجُورًا كان أو مَأْذُونًا له في الجارة (((التجارة))) لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُهُ بِدُونِ إذْنِ مَوْلَاهُ وَلَكِنَّهَا تَنْعَقِدُ حتى يُؤَاخَذَ بِهِ بَعْدَ الْعَتَاقِ لِأَنَّ امْتِنَاعَ النَّفَاذِ ما كان لِانْعِدَامِ الْأَهْلِيَّةِ بَلْ لِحَقِّ الْمَوْلَى وقد زَالَ بِخِلَافِ الصَّبِيِّ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُنْعَقِدَةٍ منه لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ فَلَا تَحْتَمِلُ النَّفَاذَ بِالْبُلُوغِ

وَلَوْ أَذِنَ له الْمَوْلَى بِالْكَفَالَةِ فَإِنْ كان عليه دَيْنٌ لم يَجُزْ لِأَنَّ إذْنَهُ بِالتَّبَرُّعِ لم يَصِحَّ وَإِنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ جَازَتْ كَفَالَتُهُ وَتُبَاعُ رَقَبَتُهُ في الْكَفَالَةِ بِالدَّيْنِ إلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى وَلَا تَجُوزُ كَفَالَةُ الْمُكَاتَبِ من الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ على لِسَانِ صَاحِبِ الشَّرْعِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَسَوَاءٌ أَذِنَ له الْمَوْلَى أو لم يَأْذَنْ لِأَنَّ إذْنَ الْمَوْلَى لم يَصِحَّ في حَقِّهِ وَصَحَّ في حَقِّ الْقِنِّ وَلَكِنَّهُ يَنْعَقِدُ حتى يُطَالَبَ بِهِ بَعْدَ الْعَتَاقِ

وَلَوْ كَفَلَ الْمُكَاتَبُ أو الْمَأْذُونُ عن الْمَوْلَى جَازَ لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ التَّبَرُّعَ عليه وَأَمَّا صِحَّةُ بَدَنِ الْكَفِيلِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْكَفَالَةِ فَتَصِحُّ كَفَالَةُ الْمَرِيضِ لَكِنْ من الثُّلُثِ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْأَصِيلِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ قَادِرًا على تَسْلِيمِ الْمَكْفُولِ بِهِ إمَّا بِنَفْسِهِ وَإِمَّا بِنَائِبِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلَا فصح (((تصح))) الْكَفَالَةُ بِالدَّيْنِ عن مَيِّتٍ مُفْلِسٍ عِنْدَهُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ تَصِحُّ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَوْتَ لَا يُنَافِي بَقَاءَ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ مَالٌ حُكْمِيٌّ فَلَا يَفْتَقِرُ بَقَاؤُهُ إلَى الْقُدْرَةِ وَلِهَذَا بَقِيَ إذَا مَاتَ مَلِيًّا حتى تَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِهِ وَكَذَا بَقِيَتْ الْكَفَالَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ مُفْلِسًا وإذا مَاتَ عن كفل (((كفيل))) تَصِحُّ الْكَفَالَةُ عنه بِالدَّيْنِ فَكَذَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ عنه وَالتَّبَرُّعُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الدَّيْنَ عِبَارَةٌ عن الْفِعْلِ وَالْمَيِّتُ عَاجِزٌ عن الْفِعْلِ فَكَانَتْ هذه كَفَالَةٌ بِدَيْنٍ سَاقِطٍ فَلَا تَصِحُّ كما كَفَلَ على إنْسَانٍ بِدَيْنٍ وَلَا دَيْنَ عليه إذا (((وإذا))) مَاتَ مَلِيًّا فَهُوَ قَادِرٌ بِنَائِبِهِ

وَكَذَا إذَا مَاتَ عن كَفِيلٍ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ في قَضَاءِ دَيْنِهِ

وَأَمَّا الْإِبْرَاءُ وَالتَّبَرُّعُ فَهُمَا في الْحَقِيقَةِ إبْرَاءٌ عن الْمُؤَاخَذَةِ بِسَبَبِ الْمُمَاطَلَةِ في قَضَاءِ الدَّيْنِ وَالتَّبَرُّعِ بِتَخْلِيصِ الْمَيِّتِ عن الْمُؤَاخَذَةِ بِسَبَبِ التَّقْصِيرِ بِوَاسِطَةِ إرْضَاءِ الْخَصْمِ بِهِبَةِ هذا الْقَدْرِ منه فَأَمَّا أَنْ يَكُونَ إبْرَاءً عن الدَّيْنِ وَتَبَرُّعًا بِقَضَائِهِ حَقِيقَةً فَلَا على ما عُرِفَ في الْخِلَافِيَّاتِ

وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا بِأَنْ كَفَلَ ما على فُلَانٍ فَأَمَّا إذَا قال على أَحَدٍ من النَّاسِ أو بِعَيْنٍ أو بِنَفْسٍ أو بِفِعْلٍ فَلَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَضْمُونَ عليه مَجْهُولٌ وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ جَوَازُهَا بِالْعُرْفِ وَالْكَفَالَةُ على هذا الْوَجْهِ غَيْرُ مَعْرُوفَةٍ فَأَمَّا حُرِّيَّةُ الْأَصِيلِ وَعَقْلُهُ وَبُلُوغُهُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ الْكَفَالَةِ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِمَضْمُونٍ ما على الْأَصْلِ مَقْدُورُ الِاسْتِيفَاءِ من الْكَفِيلِ وقد وُجِدَ

أَمَّا الْعَبْدُ فَلِأَنَّ الدَّيْنَ وَاجِبٌ عليه وَيُطَالِبُ بِهِ في الْجُمْلَةِ فَأَشْبَهَ الْكَفَالَةَ بِالدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ

وَأَمَّا الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ فَلِأَنَّ الدَّيْنَ في ذِمَّتِهِمَا وَالْوَلِيُّ مُطَالِبٌ بِهِ في الْحَالِ وَيُطَالَبَانِ أَيْضًا في الْجُمْلَةِ وهو ما بَعْدَ الْبُلُوغِ وَالْإِفَاقَةِ فَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ عن الْعَبْدِ وَإِنْ كان مَحْجُورًا وَعَنْ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إلَّا أَنَّ الْكَفِيلَ لَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عليهم بِمَا أَدَّى وَإِنْ كانت الْكَفَالَةُ بِإِذْنِهِمْ لِمَا نَذْكُرُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَكَذَا لَا يُشْتَرَطُ حَضْرَتُهُ فَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ عن غَائِبٍ أو مَحْبُوسٍ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إلَى الْكَفَالَةِ في الْغَالِبِ في مِثْلِ هذه الْأَحْوَالِ فَكَانَتْ الْكَفَالَةُ فِيهِمَا أَجْوَزَ ما يَكُونُ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَكْفُولِ لِه فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا حتى أَنَّهُ إذَا كَفَلَ لِأَحَدٍ من الناس لَا تَجُوزُ لِأَنَّ الْمَكْفُولَ له إذَا كان مَجْهُولًا لَا يَحْصُلُ ما شُرِعَ له الْكَفَالَةُ وهو التَّوَثُّقُ وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ في مَجْلِسِ الْعَقْدِ وَأَنَّهُ شَرَطَ الِانْعِقَادَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ إذَا لم يَقْبَلْ عنه حَاضِرٌ في الْمَجْلِسِ حتى إن من كَفَلَ لِغَائِبٍ عن الْمَجْلِسِ فَبَلَغَهُ الْخَبَرُ فَأَجَازَ لَا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا إذَا لم يَقْبَلْ عنه حَاضِرٌ

وَعَنْ أبي يُوسُفَ رِوَايَتَانِ وَظَاهِرُ إطْلَاقِ مُحَمَّدٍ في الْأَصْلِ أنها جَائِزَةٌ على قَوْلِهِ الْآخَرِ يَدُلُّ على أَنَّ الْمَجْلِسَ عِنْدَهُ ليس بشرط (((شرطا))) أَصْلًا لَا شَرْطَ النَّفَاذِ وَلَا شَرْطَ الِانْعِقَادِ لِأَنَّ مُحَمَّدًا رُبَّمَا يُطْلِقُ الْجَوَازَ على النَّافِذِ فَأَمَّا الْمَوْقُوفُ فَنُسَمِّيه بَاطِلًا إلَّا أَنْ يُجِيزَ وَهَذَا الاطلاق صَحِيحٌ لِأَنَّ الْجَائِزَ هو النَّافِذُ في اللُّغَةِ يُقَالُ جَازَ السَّهْمُ إذَا نَفَذَ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ الْآخَرِ ما ذَكَرْنَا في صَدْرِ الْكِتَابِ أَنَّ مَعْنَى هذا الْعَقْدِ لُغَةً وَشَرْعًا وهو الضَّمُّ وَالِالْتِزَامُ يَتِمُّ بِإِيجَابِ الْكَفِيلِ فَكَانَ إيجَابُهُ كُلَّ الْعَقْدِ وَالدَّلِيلُ

عليه مَسْأَلَةُ الْمَرِيضِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا ما ذَكَرْنَا أَنَّ فيه مَعْنَى التَّمْلِيكِ وَالتَّمْلِيكُ لَا يَقُومُ إلَّا بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ فَكَانَ الْإِيجَابُ وَحْدَهُ شَطْرَ الْعَقْدِ فَلَا يَقِفُ على غَائِبٍ

عن الْمَجْلِسِ كَالْبَيْعِ مع ما أَنَّا نَعْمَلُ بِالشَّبَهَيْنِ جميعا فَنَقُولُ شبه (((لشبه))) الِالْتِزَامِ يَحْتَمِلُ الْجَهَالَةَ وَالتَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ وَالْإِضَافَةِ إلَى الْوَقْتِ وَلِشِبْهِ التَّمْلِيكِ لَا يَقِفُ على غَائِبٍ عن الْمَجْلِسِ اعْتِبَارًا لِلشَّبَهَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ
وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْمَرِيضِ فَقَدْ قال بَعْضُ مَشَايِخِنَا أن جَوَازَ الضَّمَانِ هُنَاكَ بِطَرِيقِ الْإِيصَاءِ بِالْقَضَاءِ عنه بَعْدَ مَوْتِهِ لَا بِطَرِيقِ الْكَفَالَةِ وَيَكُونُ قَوْلُهُ اضْمَنُوا عَنِّي إيصَاءً منه إلَيْهِمْ بِالْقَضَاءِ عنه حتى لو مَاتَ ولم يَتْرُكْ شيئا لَا يَلْزَمُ الْوَرَثَةَ شَيْءٌ فَعَلَى هذا لَا يَلْزَمُ وَبَعْضُهُمْ أَجَازُوهُ على سَبِيلِ الْكَفَالَةِ
وَوَجْهُهُ ما أَشَارَ إلَيْهِ أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ في الْأَصْلِ وقال هو بِمَنْزِلَةِ الْمُعَبِّرِ عن غُرَمَائِهِ وَشَرْحُ هذه الْإِشَارَةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ أَنَّ الْمَرِيضَ مَرَضَ الْمَوْتِ يَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِمَالِهِ وَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ عنه حتى لَا يَنْفُذَ منه التَّصَرُّفُ الْمُبْطِلُ لِحَقِّ الْغَرِيمِ
وَلَوْ قال أَجْنَبِيٌّ لِلْوَرَثَةِ اضْمَنُوا لِغُرَمَاءِ فُلَانٍ عنه فقلوا (((فقالوا))) ضَمِنَّا يكتفي بِهِ فَكَذَا الْمَرِيضُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا وهو تَفْرِيعٌ على مَذْهَبِهِمَا أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا فَلَا يَصِحُّ قَبُولُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا من أَهْلِ الْقَبُولِ وَلَا يَجُوزُ قَبُولُ وَلِيِّهِمَا عنهما لِأَنَّ الْقَبُولَ يُعْتَبَرُ مِمَّنْ وَقَعَ له الْإِيجَابُ وَمَنْ وَقَعَ له الْإِيجَابُ ليس من أَهْلِ الْقَبُولِ وَمَنْ قَبِلَ لم يَقَعْ الْإِيجَابُ له فَلَا يُعْتَبَرُ قَبُولُهُ
وَأَمَّا حُرِّيَّةُ الْمَكْفُولِ له فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِأَنَّ الْعَبْدَ من أَهْلِ الْقَبُولِ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَكْفُولِ بِهِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ الْمَكْفُولُ بِهِ مَضْمُونًا على الْأَصِيلِ سَوَاءٌ كان دَيْنًا أو عَيْنًا أو نَفْسًا أو فِعْلًا ليس بِدَيْنٍ وَلَا عَيْنٍ وَلَا نَفْسٍ عِنْدَ أَصْحَابِنَا إلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ في الْكَفَالَةِ بِالْعَيْنِ أَنْ تَكُونَ مَضْمُونَةً بِنَفْسِهَا
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ عَيْنٌ وَدَيْنٌ وَنَفْسٌ وَفِعْلٌ ليس بِدَيْنٍ وَلَا عَيْنٍ وَلَا نَفْسٍ
أَمَّا الْعَيْنُ فَنَوْعَانِ عَيْنٌ هِيَ أَمَانَةٌ وَعَيْنٌ هِيَ مَضْمُونَةٌ أَمَّا الْعَيْنُ التي هِيَ أَمَانَةٌ فَلَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بها سَوَاءٌ كانت أَمَانَةً غير وَاجِبَةِ التَّسْلِيمِ كَالْوَدَائِعِ وَمَالِ الشَّرِكَاتِ وَالْمُضَارَبَاتِ أو كانت أَمَانَةً وَاجِبَةَ التَّسْلِيمِ كَالْعَارِيَّةِ وَالْمُسْتَأْجَرِ في يَدِ الْأَجِيرِ لِأَنَّهُ أَضَافَ الْكَفَالَةَ إلَى عَيْنِهَا وَعَيْنُهَا لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ وله كَفَلَ بِتَسْلِيمِ الْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرِ عن الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ جَازَ لِأَنَّهُمَا مَضْمُونَا التَّسْلِيمِ عَلَيْهِمَا فَالْكَفَالَةُ أُضِيفَتْ إلَى مَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ وهو فِعْلُ التَّسْلِيمِ فَصَحَّتْ
وَأَمَّا الْعَيْنُ الْمَضْمُونَةُ فَنَوْعَانِ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ كَالْمَغْصُوبِ وَالْمَقْبُوضِ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالْمَقْبُوضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ وَمَضْمُونٌ بِغَيْرِهِ كَالْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ وَالرَّهْنِ فَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِالنَّوْعِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ كَفَالَةٌ بِمَضْمُونٍ بِنَفْسِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَجِبُ رَدُّ عَيْنِهِ حَالَ قِيَامِهِ وَرَدُّ مِثْلِهِ أو قِيمَتِهِ حَالَ هَلَاكِهِ فَيَصِيرُ

مَضْمُونًا على الْكَفِيلِ على هذا الْوَجْهِ أَيْضًا وَلَا تَصِحُّ بِالنَّوْعِ الثَّانِي لِأَنَّ الْمَبِيعَ قبل الْقَبْضِ مَضْمُونٌ بِالثَّمَنِ لَا بِنَفْسِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ إذَا هَلَكَ في يَدِ الْبَائِعِ لَا يَجِبُ عليه شَيْءٌ وَلَكِنْ يَسْقُطُ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي
وَكَذَا الرَّهْنُ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِنَفْسِهِ بَلْ بِالدَّيْنِ أَلَا يرى أَنَّهُ إذَا هَلَكَ لَا يَجِبُ على الْمُرْتَهِنِ شَيْءٌ وَلَكِنْ يَسْقُطُ الدَّيْنُ عن الرَّاهِنِ بِقَدْرِهِ
وَأَمَّا الْفِعْلُ فَهُوَ فِعْلُ التَّسْلِيمِ في الْجُمْلَةِ فَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَالرَّهْنِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَضْمُونُ التَّسْلِيمِ على الْبَائِعِ وَالرَّهْنَ مَضْمُونُ التَّسْلِيمِ على الْمُرْتَهِنِ في الْجُمْلَةِ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ فَكَانَ الْمَكْفُولُ بِهِ مَضْمُونًا على الْأَصِيلِ وهو فِعْلُ التَّسْلِيمِ فَصَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِهِ لَكِنَّهُ إذَا هَلَكَ لَا شَيْءَ على الْكَفِيلِ لِأَنَّهُ لم يَبْقَ مَضْمُونًا على الْأَصِيلِ فَلَا يَبْقَى على الْكَفِيلِ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلْحَمْلِ فَكَفَلَ رَجُلٌ بِالْحَمْلِ فَإِنْ كانت الدَّابَّةُ بِعَيْنِهَا لم تَجُزْ الْكَفَالَةُ بِالْحَمْلِ وَإِنْ كانت بِغَيْرِ عَيْنِهَا جَازَتْ لِأَنَّ في الْوَجْهِ الْأَوَّلِ الْوَاجِبَ على الْآجِرِ فِعْلُ تَسْلِيمِ الدَّابَّةِ دُونَ الْحَمْلِ فلم تَكُنْ الْكَفَالَةُ بِالْحَمْلِ كَفَالَةً بِمَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ فلم تَجُزْ
وفي الْوَجْهِ الثَّانِي الْوَاجِبُ عليه فِعْلُ الْحَمْلِ دُونَ تَسْلِيمِ الدَّابَّةِ فَكَانَتْ الْكَفَالَةُ بِالْحَمْلِ كَفَالَةً بِفِعْلٍ هو مَضْمُونٌ على الْأَصِيلِ فَجَازَتْ وَعَلَى هذا إذَا كَفَلَ بِنَفْسِ من عليه الْحَقُّ جَازَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالنَّفْسِ كَفَالَةٌ بِالْفِعْلِ وهو تَسْلِيمُ النَّفْسِ وَفِعْلُ التَّسْلِيمِ مَضْمُونٌ على الْأَصِيلِ فَقَدْ كَفَلَ بِمَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ فَجَازَ وَكَذَا إذَا كَفَلَ بِرَأْسِهِ أو بِوَجْهِهِ أو بِرَقَبَتِهِ أو بِرُوحِهِ أو بِنِصْفِهِ وَالْأَصْلُ فيه أَنَّهُ إذَا أَضَافَ الْكَفَالَةَ إلَى جُزْءٍ جَامِعٍ كَالرَّأْسِ وَالْوَجْهِ وَالرَّقَبَةِ وَنَحْوِهَا جَازَتْ لِأَنَّ هذه الْأَجْزَاءَ يُعَبَّرُ بها عن جُمْلَةِ الْبَدَنِ فَكَانَ ذِكْرُهَا ذِكْرًا لِلْبَدَنِ كما في بَابِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ
وَكَذَا إذَا أَضَافَ إلَى جُزْءٍ شَائِعٍ كَالنِّصْفِ وَالثُّلُثِ وَنَحْوِهِمَا جَازَتْ لِأَنَّ حُكْمَ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وُجُوبُ تَسْلِيمِ النَّفْسِ بِثُبُوتِ وِلَايَةِ الْمُطَالَبَةِ وَالنَّفْسُ في حَقِّ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ لَا

يَتَجَزَّأُ وَذِكْرُ بَعْضِ ما لَا يَتَجَزَّأُ شَرْعًا ذِكْرٌ لِكُلِّهِ كما في الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وإذا أَضَافَهَا إلَى الْيَدِ أو الرِّجْلِ وَنَحْوِهِمَا من الْأَجْزَاءِ الْمُعَيَّنَةِ لَا تَجُوزُ لِأَنَّ هذه الْأَعْضَاءَ لَا يُعَبَّرُ بها عن جَمِيعِ الْبَدَنِ وَهِيَ في حُكْمِ الْكَفَالَةِ مُتَجَزِّئَةٌ فَلَا يَكُونُ ذِكْرُهَا ذِكْرًا لِجَمِيعِ الْبَدَنِ كما في الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَلَوْ قال في الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ هو عَلَيَّ جَازَ لِأَنَّ هذا صَرِيحٌ في الْتِزَامِ تَسْلِيمِ النَّفْسِ
وَكَذَا إذَا قال أنا ضَامِنٌ لِوَجْهِهِ لِأَنَّ الْوَجْهَ جُزْءٌ جَامِعٌ وَلَوْ قال أنا ضَامِنٌ لِمَعْرِفَتِهِ لَا تَصِحُّ لِأَنَّ الْمَعْرِفَةَ لَا تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مَضْمُونَةً على الْأَصِيلِ وَلَوْ قال لِلطَّالِبِ أنا ضَامِنٌ لك لم يَصِحَّ لِأَنَّ الْمَضْمُونَ غَيْرُ مَعْلُومٍ أَصْلًا
ثُمَّ ما ذَكَرْنَا من الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنِ وَالْفِعْلِ أنها صَحِيحَةٌ وما ذَكَرْنَا من التَّفْرِيعَاتِ عليها مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أنها غَيْرُ صَحِيحَةٍ وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْكَفَالَةَ أُضِيفَتْ إلَى غَيْرِ مَحِلِّهَا فَلَا تَصِحُّ وَدَلَالَةُ ذلك أَنَّ الْكَفَالَةَ الْتِزَامُ الدَّيْنِ فَكَانَ مَحِلُّهَا الدَّيْنُ فلم تُوجَدْ وَالتَّصَرُّفُ الْمُضَافُ إلَى غَيْرِ مَحَلِّهِ

بَاطِلٌ وَلِأَنَّ الْقُدْرَةَ على تَسْلِيمِ الْمَكْفُولِ بِهِ شَرْطُ جَوَازِ الْكَفَالَةِ وَالْقُدْرَةُ على الْإِعْتَاقِ لَا تَتَحَقَّقُ
وَلَنَا قَوْلُهُ عز وجل { وَلِمَنْ جاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وأنا بِهِ زَعِيمٌ } أَخْبَرَ اللَّهُ عز شَأْنُهُ عن الْكَفَالَةِ بِالْعَيْنِ عن الْأُمَمِ السَّالِفَةِ ولم يُغَيِّرْ وَالْحَكِيمُ إذَا حَكَى عن مُنْكَرٍ غَيَّرَهُ وَلِأَنَّ هذا حُكْمٌ لم يُعْرَفْ له مُخَالِفٌ من عَصْرِ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ إلَى زَمَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَكَانَ الْإِنْكَارُ خُرُوجًا عن الْإِجْمَاعِ فَكَانَ بَاطِلًا وَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ هذه الْكَفَالَةَ أُضِيفَتْ إلَى مَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ مَقْدُورِ الِاسْتِيفَاءِ من الْكَفِيلِ فَتَصِحُّ أَصْلُهُ الْكَفَالَةُ بِالدَّيْنِ
وَقَوْلُهُ الْكَفَالَةُ الْتِزَامُ الدَّيْنِ مَمْنُوعٌ بَلْ هِيَ الْتِزَامُ الْمُطَالَبَةِ بِمَضْمُونٍ على الأصلي (((الأصيل))) وقد يَكُونُ ذلك دَيْنًا وقد يَكُونُ عَيْنًا وَالْعَيْنُ مَقْدُورَةُ التَّسْلِيمِ في حَقِّ الْأَصِيلِ كَالدَّيْنِ
عَبْدٌ مُقِرٌّ بِالرِّقِّ في يَدِ رَجُلٍ فَأَخَذَ منه الْمَوْلَى كَفِيلًا بِنَفْسِهِ فَأَبَقَ فَهُوَ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ كَفَلَ بِمَا ليس بِمَضْمُونٍ
وَكَذَا لو كَفَلَ بَعْدَ إبَاقِهِ لِمَا قُلْنَا وَكَذَا لو ادَّعَى رَجُلٌ على إنْسَانٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ وَأَنْكَرَ المدعي عليه وَزَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ وَكَفَلَ رَجُلٌ بِنَفْسِهِ حتى لو أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ عَبْدُهُ فَمَاتَ الْمُدَّعَى عليه لَا شَيْءَ على الْأَصِيلِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ كان المدعي في يَدِ ثَالِثٍ فقال أنا ضَامِنٌ لَك قِيمَةَ هذا إنْ استحقيته (((استحققته))) صَحَّتْ الْكَفَالَةُ حتى لو أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ عَبْدُهُ فَمَاتَ الْمُدَّعَى عليه فَالْكَفِيلُ ضَامِنٌ كُلَّ قِيمَتِهِ لِأَنَّ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَفَلَ بِمَضْمُونٍ صَبِيٍّ في يَدِ رَجُلٍ يَدَّعِي أَنَّهُ ابْنُهُ وَادَّعَى رَجُلٌ آخَرُ أَنَّهُ عَبْدُهُ فَضَمِنَ له إنْسَانٌ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ وقد مَاتَ الصَّبِيُّ فَالْكَفِيلُ ضَامِنٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَمَّا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَفِيلٌ بِمَضْمُونٍ
وَعَنْ مُحَمَّدٍ فِيمَنْ ادَّعَى على إنْسَانٍ أَنَّهُ غَصَبَهُ عَبْدًا فَقَبْلَ أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ قال رَجُلٌ أنا ضَامِنٌ بِالْعَبْدِ الذي يَدَّعِي فَهُوَ ضَامِنٌ حتى يَأْتِيَ بِالْعَبْدِ فَيُقِيمُ الْبَيِّنَةَ عليه لِأَنَّهُ كَفَلَ بِمَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ وهو إحْضَارُهُ مَجْلِسَ الْقَاضِي فَإِنْ هَلَكَ وَاسْتَحَقَّهُ بِبَيِّنَةٍ فَهُوَ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَفَلَ بِمَضْمُونٍ بِعَيْنٍ مضمون (((مضمونا))) بِنَفْسِهِ
وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ غصبه (((غضبه))) أَلْفَ دِرْهَمٍ وَاسْتَهْلَكَهَا أو عَبْدًا وَمَاتَ في يَدِهِ فقال رَجُلٌ خَلِّهِ فَأَنَا ضَامِنٌ الْمَالِ أو لِقِيمَةِ الْعَبْدِ فَهُوَ ضَامِنٌ يَأْخُذُهُ بِهِ من سَاعَتِهِ وَلَا يَقِفُ على إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لِأَنَّ بِقَوْلِهِ أنا ضَامِنٌ لِقِيمَةِ الْعَبْدِ أَقَرَّ بِكَوْنِ الْقِيمَةِ وَاجِبَةً على الْأَصِيلِ فَقَدْ كَفَلَ بِمَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ فَلَا يَقِفُ على الْبَيِّنَةِ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ هُنَاكَ ما عُرِفَ وُجُوبُ الْقِيمَةِ بِإِقْرَارِهِ بَلْ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فَتَوَقَّفَ عليها
وَالنَّوْعُ الثَّانِي أَنْ يَكُونَ الْمَكْفُولُ بِهِ مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ على الْكَفِيلِ لِيَكُونَ الْعَقْدُ مُفِيدًا فَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ من الْكَفِيلِ فَلَا تُفِيدُ الْكَفَالَةُ فَائِدَتَهَا وَهَهُنَا شَرْطٌ ثَالِثٌ لَكِنَّهُ يَخُصُّ الدَّيْنَ وهو أَنْ يَكُونَ لَازِمًا فَلَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ عن الْمُكَاتَبِ لِمَوْلَاهُ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ ليس بِدَيْنٍ لَازِمٍ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ يَمْلِكُ إسْقَاطَ الدَّيْنِ عن نَفْسِهِ بِالتَّعْجِيزِ لَا بِالْكَسْبِ بِمَضْمُونٍ وَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِنَفْسِ من عليه الْقِصَاصُ في النَّفْسِ وما دُونَهَا وَبِحَدِّ الْقَذْفِ وَالسَّرِقَةِ إذَا بَذَلَهَا الْمَطْلُوبُ فَأَعْطَاهُ بها كَفِيلًا بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ كَفَالَةٌ بِمَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ مَقْدُورِ الِاسْتِيفَاءِ من الْكَفِيلِ فَتَصِحُّ كَالْكَفَالَةِ بِتَسْلِيمِ نَفْسِ من عليه الدَّيْنُ وَإِنَّمَا الْخِلَافُ أَنَّهُ إذَا امْتَنَعَ من إعْطَاءِ الْكَفِيلِ عِنْدَ الطَّلَبِ هل يَجْبُرُهُ الْقَاضِي عليه قال أبو حَنِيفَةَ لَا يَجْبُرُهُ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَجْبُرُهُ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا إن نَفْسَ من عليه الْقِصَاصُ وَالْحَدُّ مَضْمُونُ التَّسْلِيمِ عليه عِنْدَ الطَّلَبِ كَنَفْسِ من عليه الدَّيْنُ ثُمَّ تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِنَفْسِ من عليه الدَّيْنُ وَيُجْبَرُ عليها عِنْدَ الطَّلَبِ فَكَذَا هذا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْكَفَالَةَ شُرِعَتْ

وَثِيقَةً وَالْحُدُودُ مَبْنَاهَا على الدَّرْءِ فَلَا يُنَاسِبُهَا التَّوْثِيقُ بِالْجَبْرِ على الْكَفَالَةِ وَلَا يَلْزَمُهُ الْحَبْسُ في الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ قبل تَزْكِيَةِ الشُّهُودِ وَالْحَبْسُ تَوْثِيقٌ لِأَنَّ الْحَبْسَ لِلتُّهْمَةِ لَا لِلتَّوْثِيقِ لِأَنَّ شَهَادَةَ شَاهِدَيْنِ أو شَاهِدٍ وَاحِدٍ لَا تَخْلُو عن إيرَاثِ تُهْمَةٍ فَكَانَ الْحَبْسُ لِأَجْلِ التُّهْمَةِ دُونَ التَّوْثِيقِ وَيَجُوزُ الْجَبْرُ على إعْطَاءِ الْكَفِيلِ في التَّعْزِيرِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَالُ لِدَرْئِهِ لِكَوْنِهِ حَقَّ الْعَبْدِ
وَأَمَّا الدَّيْنُ فَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ على الْأَصِيلِ مَقْدُورُ الِاسْتِيفَاءِ من الْكَفِيلِ
وَالنَّوْعُ الثالث (((الثاني))) أَنْ يَكُونَ الْمَكْفُولُ بِهِ مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ من الْكَفِيلِ لِيَكُونَ الْعَقْدُ مُفِيدًا فَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ من الْكَفِيلِ فَلَا تُفِيدُ الْكَفَالَةُ فَائِدَتَهَا وَهَهُنَا شَرْطٌ ثَالِثٌ لَكِنَّهُ يَخُصُّ الدَّيْنَ وهو أَنْ يَكُونَ لَازِمًا فَلَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ عن الْمُكَاتَبِ لِمَوْلَاهُ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ ليس بِدَيْنٍ لَازِمٍ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ يَمْلِكُ إسْقَاطَ الدَّيْنِ عن نَفْسِهِ بِالتَّعْجِيزِ لَا بِالْكَسْبِ فَلَوْ أَجَزْنَا الْكَفَالَةَ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ لَكَانَ لَا يَخْلُو
إمَّا أَنْ يَمْلِكَ الْكَفِيلُ إسْقَاطَهُ عن نَفْسِهِ كما يَمْلِكُ الْأَصِيلُ وَإِمَّا أَنْ لَا يَمْلِكَ فَإِنْ مَلَكَ لَا تُفِيدُ الْكَفَالَةُ وَإِنْ لم يَمْلِكْ لم يَكُنْ هذا الْتِزَامَ ما على الْأَصِيلِ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّصَرُّفُ كَفَالَةً وَلِأَنَّا لو أَجَزْنَا هذه الْكَفَالَةَ لَكَانَ الدَّيْنُ على الْكَفِيلِ أَلْزَمَ منه على الْأَصِيلِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا مَاتَ عَاجِزًا بَطَلَ عنه الدَّيْنُ
وَلَوْ مَاتَ الْكَفِيلُ عَاجِزًا مُفْلِسًا لم يَبْطُلْ عنه الدَّيْنُ فَكَانَ الْحَقُّ على الْكَفِيلِ أَلْزَمَ منه على الْأَصِيلِ وَهَذَا خِلَافُ ما تُوجِبُهُ الْأُصُولُ وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ جَوَازُهَا بِالْعُرْفِ فَلَا تَجُوزُ فِيمَا لَا عُرْفَ فيه وَلَا عُرْفَ في الْكَفَالَةِ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ
وَكَذَا لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ عن الْمُكَاتَبِ لِمَوْلَاهُ بِسَائِرِ الدُّيُونِ سِوَى دَيْنِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ غَيْرَهُ من الدُّيُونِ إنَّمَا وَجَبَ لِلْمَوْلَى عليه بِمَشِيئَتِهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْلَا لُزُومُ الْكِتَابَةِ عليه لَمَا وَجَبَ عليه دَيْنٌ آخَرُ فَكَانَ دَيْنُ الْكِتَابَةِ أَصْلًا لِوُجُوبِ دَيْنٍ آخَرَ عليه فلما لم تَجُزْ الْكَفَالَةُ بِالْأَصْلِ فَلَأَنْ لَا تَجُوزَ بِالْفَرْعِ أَوْلَى وَأَحْرَى
وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِبَدَلِ السِّعَايَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تَجُوزُ بِنَاءً على أَنَّ الْمُسْتَسْعَى بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ حُرٍّ عليه دَيْنٌ وَكَوْنُ الْمَكْفُولِ بِهِ مَعْلُومَ الذَّاتِ في أَنْوَاعِ الْكَفَالَاتِ أو مَعْلُومَ الْقَدْرِ في الدَّيْنِ ليس بِشَرْطٍ حتى لو كَفَلَ بِأَحَدِ شَيْئَيْنِ غير عَيْنٍ بِأَنْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ أو بِمَا عليه وهو أَلْفٌ جَازَ وَعَلَيْهِ أَحَدُهُمَا أَيَّهُمَا شَاءَ لِأَنَّ هذه جَهَالَةٌ مَقْدُورَةُ الدَّفْعِ بِالْبَيَانِ فَلَا تَمْنَعُ جَوَازَ الْكَفَالَةِ
وَكَذَا إذَا كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ أو بِمَا عليه أو بِنَفْسِ رَجُلٍ آخَرَ أو بِمَا عليه جَازَ وَيَبْرَأُ بِدَفْعِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَى الطَّالِبِ
وَلَوْ كَفَلَ عن رَجُلٍ بِمَا لِفُلَانٍ عليه أو بِمَا يُدْرِكُهُ في هذا الْبَيْعِ جَازَ لِأَنَّ جَهَالَةَ قَدْرِ الْمَكْفُولِ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْكَفَالَةِ قال اللَّهُ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { وَلِمَنْ جاء

بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وأنا بِهِ زَعِيمٌ } أَجَازَ اللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ الْكَفَالَةَ بِحِمْلِ الْبَعِيرِ مع أَنَّ الْحِمْلَ يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ وَاللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَلَوْ ضَمِنَ رَجُلٌ بِالْعُهْدَةِ فَضَمَانُهُ بَاطِلٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا صَحِيحٌ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ ضَمَانَ الْعُهْدَةِ في مُتَعَارَفِ الناس ضَمَانُ الدَّرْكِ وهو ضَمَانُ الثَّمَنِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ وَذَلِكَ جَائِزٌ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعُهْدَةَ تَحْتَمِلُ الدَّرْكَ وَتَحْتَمِلُ الصَّحِيفَةَ وهو الصَّكُّ وَأَحَدُهُمَا وهو الصَّكُّ غَيْرُ مَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ فَدَارَتْ الْكَفَالَةُ بِالْعُهْدَةِ بين أَنْ تَكُونَ بِمَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ فَلَا تَصِحُّ مع الشَّكِّ فلم يَكُنْ عَدَمُ الصِّحَّةِ عِنْدَهُ لِجَهَالَةِ الْمَكْفُولِ بِهِ بَلْ لِوُقُوعِ الشَّكِّ في وُجُودِ شَرْطِ الْجَوَازِ وهو كَوْنُهُ مَضْمُونًا على الْأَصِيلِ وَضَمَانُ الدَّرْكِ هو ضَمَانُ الثَّمَنِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ وإذا اُسْتُحِقَّ الْمَبِيعُ يُخَاصِمُ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ أَوَّلًا فإذا قَضَى عليه بِالثَّمَنِ يَكُونُ قَضَاءً على الْكَفِيلِ وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ من أَيِّهِمَا شَاءَ وَلَيْسَ له أَنْ يُخَاصِمَ الْكَفِيلَ أَوَّلًا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال الْكَفِيلُ يَكُونُ خَصْمًا
هذا إذَا كان الْمَبِيعُ ما سِوَى الْعَبْدِ فَإِنْ كان عَبْدًا فَظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ بِالْبَيِّنَةِ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يُخَاصِمَ أَيَّهُمَا شَاءَ بِالْإِجْمَاعِ وَلَوْ انْفَسَخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا بِمَا سِوَى الِاسْتِحْقَاقِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ أو بِخِيَارِ الشَّرْطِ أو بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ لَا يُؤَاخَذُ بِهِ الْكَفِيلُ لِأَنَّ ذلك لَيس من الدَّرْكِ
وَلَوْ أَخَذَ الْمُشْتَرِي رَهْنًا بِالدَّرْكِ لَا يَصِحُّ بِخِلَافِ الْكَفَالَةِ بِالدَّرْكِ وَالْفَرْقُ عُرِفَ في مَوْضِعِهِ وَلَوْ بَنَى الْمُشْتَرِي في الدَّارِ بِنَاءً ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ الدَّارُ وَنُقِضَ عليه الْبِنَاءُ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ على بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ وَبِقِيمَةِ بِنَائِهِ مَبْنِيًّا إذَا سَلَّمَ النَّقْضَ إلَى الْبَائِعِ وَإِنْ لم يُسَلِّمْ لَا يَرْجِعْ عليه إلَّا بِالثَّمَنِ خَاصَّةً في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ عليه بِالثَّمَنِ وَبِقِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالتَّالِفِ وَلَوْ سَلَّمَ النَّقْضَ

إلَى الْبَائِعِ وَقَضَى عليه بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ الْبِنَاءِ مَبْنِيًّا له أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ بِالثَّمَنِ وَيَأْخُذُ الْبَائِعُ بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يَأْخُذُ أَيَّهمَا شَاءَ بِهِمَا جميعا إنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا من الْبَائِعِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا من الْكَفِيلِ بِالدَّرْكِ ثُمَّ يَرْجِعُ الْكَفِيلُ على الْبَائِعِ إنْ كانت الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ جَعَلَ الطَّحَاوِيُّ قِيمَةَ الْبِنَاءِ بِمَنْزِلَةِ الثَّمَنِ وهو غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْمَفْهُومَ من الدَّرَكِ ضَمَانُ الْمُشْتَرِي في مُتَعَارَفِ الناس فَلَا تَكُونُ قِيمَةُ الْبِنَاءِ دَاخِلَةً تَحْتَ الْكَفَالَةِ بِالدَّرْكِ
وَكَذَلِكَ لو كان الْمَبِيعُ جَارِيَةً فَاسْتَوْلَدَهَا الْمُشْتَرِي ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ وَأَخَذَ منه قِيمَةَ الْجَارِيَةِ وَقِيمَةَ الْوَلَدِ وَالْعُقْرِ فإن الْمُشْتَرِيَ يَأْخُذُ الثَّمَنَ من أَيِّهِمَا شَاءَ وَلَا يُؤَاخَذُ الْكَفِيلُ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ قِيمَةَ الْوَلَدِ من الْبَائِعِ خَاصَّةً لِأَنَّهُ لم يَدْخُلْ تَحْتَ الْكَفَالَةِ بِالدَّرْكِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ وَلَوْ كَفَلَ بماله على فُلَانٍ فَقَامَتْ الْبَيِّنَةُ عليه بِأَلْفٍ ضَمِنَهَا الْكَفِيلُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَفَلَ بِمَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ وَإِنْ لم تَقُمْ الْبَيِّنَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَفِيلِ مع يَمِينِهِ في مِقْدَارِ ما يُقِرُّ بِهِ أَمَّا الْقَوْلُ قَوْلُهُ في الْمُقِرِّ بِهِ لِأَنَّهُ مَالٌ لَزِمَ بِالْتِزَامِهِ فَيُصَدَّقُ في الْقَدْرِ الْمُلْتَزَمِ كما إذَا أَقَرَّ على نَفْسِهِ بِمَالٍ مَجْهُولٍ
وَأَمَّا الْيَمِينُ فَلِأَنَّهُ مُنْكِرٌ الزِّيَادَةَ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ مع يَمِينِهِ في الشَّرْعِ وَلَوْ

أَقَرَّ الْمَكْفُولُ عنه بِأَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ لم يُصَدِّقْهُ على كَفِيلِهِ لِأَنَّ إقْرَارَ الْإِنْسَانِ حُجَّةٌ في حَقِّ نَفْسِهِ لَا في حَقِّ غَيْرِهِ لِأَنَّهُ مُقِرٌّ في حَقِّ نَفْسِهِ مُدَّعٍ في حَقِّ غَيْرِهِ وَلَا يَظْهَرُ صِدْقُ الْمُدَّعِي إلَّا بِحُجَّةٍ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْكَفَالَةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لِلْكَفَالَةِ حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا ثُبُوتُ وِلَايَةِ مُطَالَبَةِ الْكَفِيلِ بِمَا على الْأَصِيلِ عِنْدَ عَامَّةِ مَشَايِخِنَا وَيَطَّرِدُ هذا الْحُكْمُ في سَائِرِ أَنْوَاعِ الْكَفَالَاتِ لِأَنَّ الْكُلَّ في احْتِمَالِ هذا الْحُكْمِ على السَّوَاءِ وَإِنَّمَا يَخْتَلِفُ مَحَلُّ الْحُكْمِ من الْعَيْنِ وَالدَّيْنِ وَالْفِعْلِ فَيُطَالِبُ الْكَفِيلُ بِالدَّيْنِ بِدَيْنٍ وَاجِبٍ على الْأَصِيلِ لَا عليه فَالدَّيْنُ على وَاحِدٍ وَالْمُطَالَبُ بِهِ اثْنَانِ غير أَنَّ الْكَفِيلَ إنْ كان وَاحِدًا يُطَالَبُ بِكُلِّ الدَّيْنِ

وَإِنْ كان بِهِ كَفِيلَانِ وَالدَّيْنُ أَلْفٌ يُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ إذَا لم يَكْفُلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا في الْكَفَالَةِ وَالْمَكْفُولِ بِهِ يَحْتَمِلُ الِانْقِسَامَ فَيَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا في حَقِّ الْمُطَالَبَةِ كما في الشِّرَاءِ وَيُطَالِبُ الْكَفِيلُ بِالنَّفْسِ بِإِحْضَارِ الْمَكْفُولِ بِنَفْسِهِ إنْ لم يَكُنْ غَائِبًا

وَإِنْ كان غَائِبًا يُؤَخَّذُ الْكَفِيلُ إلَى مُدَّةٍ يُمْكِنُهُ إحْضَارُهُ فيها فَإِنْ لم يَحْضُر في الْمُدَّةِ ولم يَظْهَرْ عَجْزُهُ لِلْقَاضِي حَبْسُهُ إلَى أَنْ يَظْهَرَ عَجْزُهُ له فإذا عَلِمَ الْقَاضِي ذلك بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ أو غَيْرِهَا أَطْلَقَهُ وَأَنْظَرَهُ إلَى حَالِ الْقُدْرَةِ على إحْضَارِهِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُفْلِسِ لَكِنْ لَا يَحُولُ بين الطَّالِبِ وَالْكَفِيلِ بَلْ يُلَازِمُهُ من الطَّالِبِ وَلَا يَحُولُ الطَّالِبُ أَيْضًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ وَلَا يَمْنَعُهُ من الْكَسْبِ وَغَيْرِهِ وَيُطَالِبُ الْكَفِيلَ بِالْعَيْنِ بِتَسْلِيمِ عَيْنِهَا إنْ كانت قَائِمَةً وَمِثْلِهَا أو قِيمَتِهَا إنْ كانت هَالِكَةً وَيُطَالِبُ الْكَفِيلَ بِتَسْلِيمِ الْعَيْنِ وَبِالْفِعْلِ بِهِمَا

وقال بَعْضُ مَشَايِخِنَا إنَّ حُكْمَ الْكَفَالَةِ بِالدَّيْنِ وُجُوبُ أَصْلِ الدَّيْنِ على الْكَفِيلِ وَالْمُطَالَبَةُ مرتبة (((مرتب))) عليه فَيُطَالِبُ الْكَفِيلُ بِدَيْنٍ وَاجِبٍ عليه لَا على الأصلي (((الأصيل))) كما يُطَالَبُ الْأَصِيلُ بِدَيْنٍ عليه لَا على الْكَفِيلِ فَيَتَعَدَّدُ الدَّيْنُ حَسْبَ تَعَدُّدِ الْمُطَالَبَةِ وَبِهِ أَخَذَ شَيْخُهُ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَزَعَمَ أَنَّ هذا يَمْنَعُ من صِحَّةِ الْكَفَالَةِ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ وَالنَّفْسِ وَالْفِعْلِ لِأَنَّ هذا الْحُكْمَ لَا يَتَحَقَّقُ في الْكَفَالَةِ بِغَيْرِ الدَّيْنِ

وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْكَفَالَاتِ أَنْوَاعٌ لِكُلِّ نَوْعٍ حُكْمٌ على حِدَةٍ فَانْعِدَامُ حُكْمِ نَوْعٍ منها لَا يَدُلُّ على انْعِدَام حُكْمِ نَوْعٍ آخَرَ فَأَمَّا بَرَاءَةُ الْأَصِيلِ فَلَيْسَ حُكْمَ الْكَفَالَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَالطَّالِبُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ طَالَبَ الْأَصِيلَ وَإِنْ شَاءَ طَالَبَ الْكَفِيلَ إلَّا إذَا كانت الْكَفَالَةُ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ لِأَنَّهَا حَوَالَةٌ مَعْنًى أو كانت مُقَيَّدَةً بِمَا عليه من الدَّيْنِ لِأَنَّهَا في مَعْنَى الْحَوَالَةِ أَيْضًا

وقال ابن أبي لَيْلَى أن الْكَفَالَةَ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ تنبىء عن الضَّمِّ وهو ضَمُّ دمة (((ذمة))) إلَى ذِمَّةٍ في حَقِّ الْمُطَالَبَةِ بِمَا على الْأَصِيلِ أو في حَقِّ أَصْلِ الدَّيْنِ وَالْبَرَاءَةُ تُنَافِي الضَّمَّ وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ لو كانت مُبَرِّئَةً لَكَانَتْ حَوَالَةً وَهُمَا مُتَغَايِرَانِ لِأَنَّ تَغَايُرَ الْأَسَامِي دَلِيلُ تَغَايُرِ الْمَعَانِي في الْأَصْلِ وَأَيُّهمَا اخْتَارَ مُطَالَبَتَهُ لَا يَبْرَأُ الْآخَرُ بَلْ يَمْلِكُ مُطَالَبَتَهُ فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ غَاصِبِ الْغَاصِبِ إن لِلْمَالِكِ أَنْ يَضْمَنْ أَيَّهمَا شَاءَ فإذا اخْتَارَ تَضْمِينَ أَحَدِهِمَا لَا يَمْلِكُ اخْتِيَارَ تَضْمِينِ الْآخَرِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْمَضْمُونَاتِ تُمَلَّكُ عِنْدَ اخْتِيَارِ الضَّمَانِ فإذا اخْتَارَ تَضْمِينَ أَحَدِهِمَا فَقَدْ هَلَكَ الْمَضْمُونُ فَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عنه وَهَذَا الْمَعْنَى هُنَا مَعْدُومٌ لِأَنَّ اخْتِيَارَ الطَّالِبِ مُطَالَبَةَ أَحَدِهِمَا بِالْمَضْمُونِ

لَا يَتَضَمَّنُ مِلْكَ الْمَضْمُونِ فَهُوَ الْفَرْقُ وَكَذَا فَرَّقُوا بين هذا وَبَيْنَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بين اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وهو مُوسِرٌ حتى يَثْبُتَ لِلشَّرِيكِ السَّاكِتِ اخْتِيَارَ تَضْمِينِ الْمُعْتِقِ وَاسْتِسْعَاءِ الْعَبْدِ فَاخْتِيَارُ أَحَدِهِمَا يُبْطِلُ اخْتِيَارَ الْآخَرِ لِأَنَّهُ لَمَّا اخْتَارَ الضَّمَانَ صَارَ نَصِيبُهُ مَنْقُولًا إلَى الْمُعْتَقِ عِنْدَ اخْتِيَارِهِ لِأَنَّ الْمَضْمُونَاتِ تُمَلَّكُ عِنْدَ اخْتِيَارِ الضَّمَانِ فَلَوْ اخْتَارَ الِاسْتِسْعَاءَ يَسْعَى وهو رَقِيقٌ وَإِنَّمَا يُعْتَقُ كُلُّهُ بِأَدَاءِ السِّعَايَةِ وَبَيْنَهُمَا تَنَافٍ وَلَا تَنَافِ هَهُنَا لِأَنَّ الطَّالِبَ لَا يَمْلِكُ الْمَضْمُونَ بِاخْتِيَارِ الْمُطَالَبَةِ فَيَمْلِكُ مُطَالَبَةَ الْآخَرِ وَالثَّانِي ثُبُوتُ وِلَايَةِ مُطَالَبَةِ الْكَفِيلِ الْأَصِيلَ إذَا كانت الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ في الْأَنْوَاعِ كُلِّهَا

ثُمَّ إذَا كانت الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فَطَالَبَ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ إلَى الطَّالِبِ إذَا طَالَبَهُ وَإِنْ كانت بِالْعَيْنِ الْمَضْمُونَةِ يُطَالَبُ بِتَسْلِيمِ عَيْنِهَا إذَا كانت قَائِمَةً وَتَسْلِيمِ مِثْلِهَا أو قِيمَتِهَا إذَا كانت هَالِكَةً إذَا طُولِبَ بِهِ

وَإِنْ كانت بِفِعْلِ التَّسْلِيمِ وَالْحَمْلِ يُطَالَبُ بِهِمَا وَإِنْ كانت بِدَيْنٍ يُطَالِبُهُ بِالْخَلَاصِ إذَا طُولِبَ فَكَمَا طُولِبَ الْكَفِيلُ طَالَبَ هو الْمَكْفُولَ عنه بِالْخَلَاصِ وَإِنْ حَبَسَ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْمَكْفُولَ عنه لِأَنَّهُ هو الذي أَوْقَعَهُ في هذه الْعُهْدَةِ فَكَانَ عليه تَخْلِيصُهُ منها

وَإِنْ كانت الْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَلَيْسَ لِلْكَفِيلِ حَقُّ مُلَازَمَةِ الْأَصِيلِ إذَا لُوزِمَ وَلَا حَقُّ الْحَبْسِ إذَا حُبِسَ وَلَيْسَ له أَنْ يُطَالِبَ بِالْمَالِ قبل أَنْ يُؤَدِّيَ هو وَإِنْ كانت الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْمُطَالَبَةِ إنَّمَا تَثْبُتُ بِحُكْمِ الْقَرْضِ وَالتَّمْلِيكِ على ما نَذْكُرُهُ وَكُلُّ ذلك يَقِفُ على الْأَدَاءِ ولم يُوجَدْ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ أَنَّ له وِلَايَةَ مُطَالَبَةِ الْمُوَكِّلِ بِالثَّمَنِ بَعْدَ الشِّرَاءِ قبل أَنْ يُؤَدِّيَ هو من مَالِ نَفْسِهِ لِأَنَّ هُنَاكَ الثَّمَنَ يُقَابِلُ الْمَبِيعَ وَالْمِلْكُ في الْمَبِيعِ كما وَقَعَ وَقَعَ لِلْمُوَكِّلِ فكأن الثَّمَنُ عليه فَكَانَ له أَنْ يُطَالِبَهُ بِهِ وَهُنَا الْمُطَالَبَةُ بِسَبَبِ الْقَرْضِ أو التَّمْلِيكِ ولم يُوجَدْ هُنَا وإذا أَدَّى كان له أَنْ يَرْجِعَ عليه إذَا كانت الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالْأَمْرِ في حَقِّ الْمَطْلُوبِ اسْتِقْرَاضٌ وهو طَلَبُ الْقَرْضِ من الْكَفِيلِ وَالْكَفِيلُ بِأَدَاءِ الْمَالِ مُقْرِضٌ من الْمَطْلُوبِ وَنَائِبٌ عنه في الْأَدَاءِ إلَى الطَّالِبِ وفي حَقِّ الطَّالِبِ تَمْلِيكُ ما في ذِمَّةِ الْمَطْلُوبِ من الْكَفِيلِ بِمَا أَخَذَ من الْمَالِ وَالْمُقْرِضُ يَرْجِعُ على الْمُسْتَقْرِضِ بِمَا أَقْرَضَهُ وَالْمُشْتَرِي يَمْلِكُ الشِّرَاءَ بِالْبَيْعِ لَا غير هذا فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَخْرُجُ بِهِ الْكَفِيلُ عن الْكَفَالَةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ تعالى التَّوْفِيقُ أَمَّا الْكَفِيلُ بِالْمَالِ فَإِنَّمَا يَخْرُجُ عن الْكَفَالَةِ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ أَحَدُهُمَا أَدَاءُ الْمَالِ إلَى الطَّالِبِ أو ما هو في مَعْنَى الْأَدَاءِ سَوَاءٌ كان الْأَدَاءُ من الْكَفِيلِ أو من الْأَصِيلِ لِأَنَّ حَقَّ الْمُطَالَبَةِ للتوصل (((للتوسل))) إلَى الْأَدَاءِ فإذا وُجِدَ فَقَدْ حَصَلَ الْمَقْصُودُ فَيَنْتَهِي حُكْمُ الْعَقْدِ وَكَذَا إذَا وَهَبَ الطَّالِبُ الْمَالَ من الْكَفِيلِ أو من الْأَصِيلِ لِأَنَّ الْهِبَةَ بِمَنْزِلَةِ الْأَدَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا

وَكَذَا إذَا تَصَدَّقَ بِهِ على الْكَفِيلِ أو على الْأَصِيلِ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ تَمْلِيكٌ كَالْهِبَةِ فَكَانَ هو وَأَدَاءُ الْمَالِ سَوَاءً كَالْهِبَةِ

وَالثَّانِي الإبراه (((الإبراء))) وما هو في مَعْنَاهُ فإذا أَبْرَأَ الطَّالِبُ الْكَفِيلَ أو الْأَصِيلَ خَرَجَ عن الْكَفَالَةِ غير أَنَّهُ إذَا أَبْرَأَ الْكَفِيلَ لَا يَبْرَأُ الْأَصِيلُ وإذا أَبْرَأَ الْأَصِيلَ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ لِأَنَّ الدَّيْنَ على الْأَصِيلِ لَا على الْكَفِيلِ إنَّمَا عليه حَقُّ الْمُطَالَبَةِ فَكَانَ إبراه (((إبراء))) الْأَصِيلِ إسْقَاطَ الدَّيْنِ عن ذِمَّتِهِ فإذا سَقَطَ الدَّيْنُ عن ذِمَّتِهِ يَسْقُطُ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ ضَرُورَةً لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ بِالدَّيْنِ وَلَا

دَيْنَ مُحَالٌ
فَأَمَّا إبراه (((إبراء))) الْكَفِيلِ فَإِبْرَاؤُهُ عن الْمُطَالَبَةِ لَا عن الدَّيْنِ إذْ لَا دَيْنَ عليه وَلَيْسَ من ضَرُورَةِ إسْقَاطِ حَقِّ الْمُطَالَبَةِ عن الْكَفِيلِ سُقُوطِ أَصْلِ الدَّيْنِ عن الْأَصِيلِ لَكِنْ يَخْرُجُ الْكَفِيلُ عن الْكَفَالَةِ لِأَنَّ حُكْمَ الْكَفَالَةِ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ عن الْكَفِيلِ فإذا سَقَطَ تَنْتَهِي إلَّا أَنَّ إبْرَاءَ الْأَصِيلِ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَكَذَا الْهِبَةُ منه أو التَّصَدُّقُ عليه وَإِبْرَاءُ الْكَفِيلِ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَالْهِبَةِ منه وَالتَّصَدُّقِ عليه وَالْفَرْقُ بين هذه الْجُمْلَةِ يُعْرَفُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وإذا ارْتَدَّتْ هذه التَّصَرُّفَاتُ بِرَدِّ الْأَصِيلِ عَادَ الدَّيْنُ إلَى ذِمَّتِهِ وَهَلْ تَعُودُ الْمُطَالَبَةُ بِالدَّيْنِ إلَى الْكَفِيلِ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه
وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلُ أو وَهَبَ منه بَعْدَ مَوْتِهِ فَرَدَّ وَرَثَتُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَرْتَدُّ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ هذا بِمَنْزِلَةِ ما لو أَبْرَأَهُ حَالَ حَيَاتِهِ ثُمَّ مَاتَ قبل الرَّدِّ وَهُنَاكَ لَا يَرْتَدُّ بِرَدِّ الْوَرَثَةِ فَكَذَا هذا
وَلَهُمَا أَنَّ إبْرَاءَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ إبْرَاءٌ لِوَرَثَتِهِ لِأَنَّهُمْ يُطَالَبُونَ بِدَيْنِهِ من مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَإِبْرَاءُ الْوَرَثَةِ يَرْتَدُّ بِرَدِّهِمْ بِخِلَافِ حَالِ الْحَيَاةِ لِأَنَّهُمْ لَا يُطَالَبُونَ بِدَيْنِهِ بِوَجْهٍ فَاقْتَصَرَ حُكْمُ الْإِبْرَاءِ عليه فَلَا يَرْتَدُّ بِرَدِّ الْوَرَثَةِ
وَكَذَا لو قال الطَّالِبُ لِلْكَفِيلِ بَرِئْتُ إلَيَّ من الْمَالِ لِأَنَّ هذا إقْرَارٌ بِالْقَبْضِ وَالِاسْتِيفَاءِ لِأَنَّهُ جَعَلَ نَفْسَهُ غَايَةً لِبَرَاءَتِهِ وَالْبَرَاءَةُ التي هِيَ غَايَتُهَا

نَفْسُهُ هِيَ بَرَاءَةُ الْقَبْضِ وَالِاسْتِيفَاءِ وَبَرِئَا جميعا
لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ يُوجِبُ بَرَاءَتَهُمَا جميعا فَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ على الْأَصِيلِ إذَا كانت الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ لِمَا ذَكَرْنَا
وَلَوْ قال بَرِئْتُ من الْمَالِ ولم يَقُلْ إلَيَّ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَهَذَا وَقَوْلُهُ بَرِئْتُ إلى سَوَاءٌ عِنْدَهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ دُونَ الْأَصِيلِ وَهَذَا وَقَوْلُهُ أَبْرَأْتُكَ سَوَاءٌ عِنْدَهُ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْبَرَاءَةَ عن الْمَالِ قد تَكُونُ بِالْأَدَاءِ وقد تَكُونُ بِالْإِبْرَاءِ فَلَا تُحْمَلُ على الْأَدَاءِ إلَّا بِدَلِيلٍ زَائِدٍ وقد وُجِدَ ذلك في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ وهو قَوْلُهُ إلَيَّ لِأَنَّ ذلك ينبي عن مَعْنَى الْأَدَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا ولم يُوجَدْ هُنَا فيحمل (((فتحمل))) على الْإِبْرَاءِ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ حُكْمُ الْإِبْرَاءِ في الْأَصْلِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْبَرَاءَةَ الْمُضَافَةَ إلَى الْمَالِ تُسْتَعْمَلُ في الْأَدَاءِ عُرْفًا وَعَادَةً فَتُحْمَلُ عليه وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُ الْبَرَاءَةِ من الْكَفَالَةِ بِشَرْطٍ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ فيها مَعْنَى التَّمْلِيكِ وَالتَّمْلِيكُ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ وَلَوْ أَحَالَ الْكَفِيلُ الطَّالِبَ بِمَالِ الْكَفَالَةِ على رَجُلٍ وَقَبِلَهُ الطَّالِبُ فَالْمُحْتَالُ عليه يَخْرُجُ عن الْكَفَالَةِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ
وَكَذَا إذَا أَحَالَهُ الْمَطْلُوبُ بِمَالِ الْكَفَالَةِ على رَجُلٍ وَقَبِلَهُ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ مُبَرِّئَةٌ عن الدَّيْنِ وَالْمُطَالَبَةِ جميعا عِنْدَ عَامَّةِ مَشَايِخِنَا وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ مُبَرِّئَةٌ عن الْمُطَالَبَةِ وَإِبْرَاءُ الْكَفِيلِ
وَالْأَصِيلِ مُخْرِجٌ عن الْكَفَالَةِ لِمَا ذَكَرْنَا وَعِنْدَ زُفَرَ لَا يَخْرُجُ الْكَفِيلُ عن الْكَفَالَةِ بِالْحَوَالَةِ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ عِنْدَهُ لَيْسَتْ بِمُبَرِّئَةٍ أَصْلًا لِمَا يَأْتِي في كِتَابِ الْحَوَالَةِ إنْ

شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَكَذَلِكَ الْكَفِيلُ يَخْرُجُ عن الْكَفَالَةِ بِالصُّلْحِ كما يَخْرُجُ بِالْحَوَالَةِ بِأَنْ يُصَالِحَ الْكَفِيلُ الطَّالِبَ على بَعْضِ المدعي لِأَنَّ الصُّلْحَ على جِنْسِ المدعي إسْقَاطُ بَعْضِ الْحَقِّ فَكَانَ فيه مَعْنَى الْإِبْرَاءِ وَعَلَى خِلَافِ الْجِنْسِ مُعَاوَضَةٌ فَكَانَ في مَعْنَى الْإِبْرَاءِ وَكُلُّ ذلك يَخْرُجُ عن الْكَفَالَةِ غير أَنَّ في حَالَيْنِ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ وَالْأَصِيلُ جميعا وفي حَالٍ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ دُونَ الْأَصِيلِ
أَمَّا الْحَالَتَانِ اللَّتَانِ يبرىء فِيهِمَا الْكَفِيلُ وَالْأَصِيلُ جميعا
إحْدَاهُمَا أَنْ يَقُولَ الْكَفِيلُ لِلطَّالِبِ صَالَحْتُكَ من الْأَلْفِ على خَمْسِمِائَةٍ على أَنِّي وَالْمَكْفُولُ عنه بَرِئَانِ من الْخَمْسِمِائَةِ الْبَاقِيَةِ وَيَكُونُ الطَّالِبُ في الْخَمْسِمِائَةِ التي وَقَعَ عليها الصُّلْحُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أخذها (((أخذها))) من الْكَفِيلِ ثُمَّ الْكَفِيلُ يرجع (((يرفع))) بها على الْأَصِيلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا من الْأَصِيلِ
وَالثَّانِيَةُ أَنْ يَقُولَ صَالَحْتُكَ على خَمْسِمِائَةٍ مُطْلَقًا عن شَرْطِ الْبَرَاءَةِ أَصْلًا لِمَا ذَكَرْنَا قبل هذا أَنَّ الْإِبْرَاءَ الْمُضَافَ إلَى الْمَالِ الْمُجَرَّدِ عن شَرْطِ الْبَرَاءَةِ الْمُضَافَةِ إلَى الْكَفِيلِ إبْرَاءٌ عن الدَّيْنِ وَالدَّيْنُ وَاحِدٌ فإذا سَقَطَ عن الْأَصِيلِ سَقَطَتْ الْمُطَالَبَةُ عن الْكَفِيلِ
وَأَمَّا الْحَوَالَةُ التي يَبْرَأُ الْكَفِيلُ فيها دُونَ الْأَصِيلِ فَهِيَ أَنْ يَقُولَ الْكَفِيلُ لِلطَّالِبِ صَالَحْتُكَ على أَنِّي بَرِيءٌ من الْخَمْسِمِائَةِ وقد بَيَّنَّا الْفَرْقَ من قَبْلُ وَالطَّالِبُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ جَمِيعَ دَيْنِهِ من الْأَصِيلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْكَفِيلِ خَمْسِمِائَةٍ وَمِنْ الْأَصِيلِ خَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ يَرْجِعُ الْكَفِيلُ على الْأَصِيلِ بِمَا أَدَّى إنْ كان الصُّلْحُ بِأَمْرِهِ
وَأَمَّا الْكَفِيلُ بِالنَّفْسِ فَيَخْرُجُ عن الْكَفَالَةِ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ أحداها تَسْلِيمُ النَّفْسِ إلَى الطَّالِبِ وهو التَّخْلِيَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَكْفُولِ بِنَفْسِهِ في مَوْضِعٍ يَقْدِرُ على إحْضَارِهِ مَجْلِسَ الْقَاضِي لِأَنَّ التَّسْلِيمَ في مِثْلِ هذا الْمَوْضِعِ مُحَصِّلٌ لِلْمَقْصُودِ من الْعَقْدِ وهو إمْكَانُ اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ بِالْمُرَافَعَةِ إلَى الْقَاضِي فإذا حَصَلَ الْمَقْصُودُ يَنْتَهِي حُكْمُهُ فَيَخْرُجُ عن الْكَفَالَةِ
وَلَوْ سَلَّمَهُ في صَحْرَاءَ أو بَرِيَّةٍ لَا يَخْرُجُ لِأَنَّهُ لم يَحْصُلْ الْمَقْصُودُ وَلَوْ سَلَّمَ في السُّوقِ أو في الْمِصْرِ يَخْرُجُ سَوَاءٌ أَطْلَقَ الْكَفَالَةَ أو قَيَّدَهَا بِالتَّسْلِيمِ في مَجْلِسِ الْقَاضِي أَمَّا إذَا أَطْلَقَ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِمَكَانٍ يَقْدِرُ على إحْضَارِهِ مَجْلِسَ الْقَاضِي بِدَلَالَةِ الْغَرَضِ وَكَذَا إذَا قَيَّدَ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ في هذه الْأَمْكِنَةِ تَسْلِيمٌ في مَجْلِسِ الْقَاضِي بِوَاسِطَةٍ وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يُسَلِّمَهُ في مِصْرٍ مُعَيَّنٍ فَسَلَّمَهُ في مِصْرٍ آخَرَ يَخْرُجُ عن الْكَفَالَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَخْرُجُ عنها إلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ في الْمِصْرِ الْمَشْرُوطِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ التَّقْيِيدَ بِالْمِصْرِ مُفِيدٌ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ لِلطَّالِبِ بَيِّنَةٌ يَقْدِرُ على إقَامَتِهَا فيه دُونَ غَيْرِهِ فَكَانَ التَّعْيِينُ مُفِيدًا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ من تَسْلِيمِ النَّفْسِ هو الْوُصُولُ إلَى الْحَقِّ بِالْمُرَافَعَةِ إلَى الْقَاضِي وَهَذَا الْغَرَضُ مُمْكِنُ الِاسْتِيفَاءِ من كل قَاضٍ فَلَا يَصِحُّ التَّعْيِينُ وَلَوْ سَلَّمَهُ في السَّوَادِ وَلَا قَاضِيَ فيه لَا يَخْرُجُ عن الْكَفَالَةِ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ في مِثْلِ هذا الْمَكَانِ لَا يَصْلُحُ وَسِيلَةً إلَى الْمَقْصُودِ فَكَانَ وُجُودُهُ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَدْفَعَهُ إلَيْهِ عِنْدَ الْأَمِيرِ فَدَفَعَهُ إلَيْهِ عِنْدَ الْقَاضِي يَخْرُجُ عن الْكَفَالَةِ
وَكَذَا إذَا عُزِلَ الْأَمِيرُ وَوُلِّيَ غَيْرُهُ فَدَفَعَهُ إلَيْهِ عِنْدَ الثَّانِي لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَ كل من وُلِّيَ ذلك مُحَصِّلٌ لِلْمَقْصُودِ فلم يَكُنْ التَّقْيِيدُ مُفِيدًا فَلَا يَتَقَيَّدُ وَلَوْ كَفَلَ

رَجُلٍ كَفَالَةً وَاحِدَةً فَأَحْضَرَهُ أَحَدُهُمْ برؤوا (((برئوا))) جميعا وَإِنْ كانت الْكَفَالَةُ مُتَفَرِّقَةً لم يَبْرَأْ الْبَاقُونَ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الْكَفَالَةِ الْوَاحِدَةِ فِعْلٌ وَاحِدٌ وهو الْإِحْضَارُ وقد حَصَلَ ذلك بِوَاحِدٍ وَالدَّاخِلَ تَحْتَ الْكَفَالَاتِ الْمُتَفَرِّقَةِ أَفْعَالٌ مُتَفَرِّقَةٌ فَلَا يَحْصُلُ بِإِحْضَارِ وَاحِدٍ الْإِبْرَاءُ بِهِ فَيَبْرَأُ هو دُونَ الْبَاقِينَ وَلَيْسَ هذا كما إذَا كَفَلَ جَمَاعَةً بِمَالٍ وَاحِدٍ كَفَالَةً وَاحِدَةً أو مُتَفَرِّقَةً فَأَدَّى أَحَدُهُمْ برىء الْبَاقُونَ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَسْقُطُ عن الْأَصِيلِ بِأَدَاءِ الْمَالِ فَلَا يَبْقَى على الْكَفِيلِ لِمَا مَرَّ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ فَإِنْ لم يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ ما عليه وهو كَذَا فَلَقِيَ الرَّجُلُ الطَّالِبَ فَخَاصَمَهُ الطَّالِبُ وَلَازَمَهُ فَالْمَالُ على الْكَفِيلِ وَإِنْ لَازَمَهُ إلَى آخِرِ الْيَوْمِ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ من الْكَفِيلِ الْمُوَافَاةُ بِهِ
وَلَوْ قال الرَّجُلُ لِلطَّالِبِ قد دَفَعْتُ نَفْسِي إلَيْكَ عن كَفَالَةِ فلان يَبْرَأُ الْكَفِيلُ من الْمَالِ سَوَاءٌ كانت الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِأَمْرِهِ أو لَا لِأَنَّهُ أَقَامَ نَفْسَهُ مَقَامَ الْكَفِيلِ في التَّسْلِيمِ عنه فَيَصِحُّ التَّسْلِيمُ كَمَنْ تَبَرَّعَ بِقَضَاءِ دَيْنِ غَيْرِهِ أَنَّ هُنَاكَ لَا يُجْبَرُ على الْقَبُولِ وَهُنَا يُجْبَرُ عليه
وَالْفَرْقُ أَنَّ انْعِدَامَ الْجَبْرِ على الْقَبُولِ في بَابِ الْمَالِ لِلتَّحَرُّزِ عن لُحُوقِ الْمِنَّةِ الْمَطْلُوبَةِ من جِهَةِ الْمُتَبَرِّعِ لِأَنَّ نَفْسَهُ رُبَّمَا لَا تُطَاوِعُهُ بِتَحَمُّلِ الْمِنَّةِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ وَهَذَا الْمَعْنَى هُنَا مَعْدُومٌ لِأَنَّ تَسْلِيمَ نَفْسِهِ وَاجِبٌ عليه وَلَا مِنَّةَ في أَدَاءِ الْوَاجِبِ سَوَاءٌ كانت الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِأَمْرِهِ أو بِغَيْرِ أَمْرِهِ لِأَنَّ نَفْسَهُ مَضْمُونُ التَّسْلِيمِ في الْحَالَيْنِ
وَالثَّانِي الْإِبْرَاءُ إذَا أَبْرَأَ الطَّالِبُ الْكَفِيلَ من الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ خَرَجَ عن الْكَفَالَةِ لِأَنَّ حُكْمَ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ بِتَسْلِيمِ النَّفْسِ وقد أَسْقَطَ الْمُطَالَبَةَ عنه بِالْإِبْرَاءِ فَيَنْتَهِي الْحَقُّ ضَرُورَةً وَلَا يَكُونُ هذا الْإِبْرَاءُ لِلْأَصِيلِ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ الْمُطَالَبَةَ عنه دُونَ الْأَصِيلِ
وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلَ بَرِئَا جميعا لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِمَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ وقد بَطَلَ الضَّمَانُ بِالْإِبْرَاءِ فَيَنْتَهِي حُكْمُ الْكَفَالَةِ
وَالثَّالِثُ مَوْتُ الْمَكْفُولِ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِمَضْمُونٍ على الْأَصِيلِ وقد سَقَطَ الضَّمَانُ عنه فَيَسْقُطُ عن الْكَفِيلِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْكَفِيلُ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا وَالْأَفْعَالِ الْمَضْمُونَةِ تَخْرُجُ عن الْكَفَالَةِ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ أَحَدُهُمَا تَسْلِيمُ الْعَيْنِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا إنْ كانت قَائِمَةً وَتَسْلِيمُ مِثْلِهَا أو قِيمَتِهَا إنْ كانت هَالِكَةً وَيَحْصُلُ الْفِعْلُ الْمَضْمُونُ وهو التَّسْلِيمُ وَالْحَمْلُ
وَالثَّانِي الْإِبْرَاءُ فَلَا يَخْرُجُ بِمَوْتِ الْغَاصِبِ وَالْبَائِعِ وَالْمُكَارِي لِأَنَّ نَفْسَ هَؤُلَاءِ غَيْرُ مَكْفُولٍ بها حتى يَسْقُطَ بِمَوْتِهِمْ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا رُجُوعُ الْكَفِيلِ فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في الرُّجُوعِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في شَرَائِطِ وِلَايَةِ الرُّجُوعِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ ما يَرْجِعُ بِهِ أَمَّا الشَّرْطُ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ تَكُونَ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِ

الْمَكْفُولِ عنه لِأَنَّ مَعْنَى الِاسْتِقْرَاضِ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِهِ وَلَوْ كَفَلَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَا يَرْجِعُ عليه عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَرْجِعُ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ تَبَرُّعٌ بِقَضَاءِ دَيْنِ الْغَيْرِ فَلَا يَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنٍ صَحِيحٍ وهو إذْنُ من يَجُوزُ إقْرَارُهُ على نَفْسِهِ بِالدَّيْنِ حتى أَنَّهُ لو كَفَلَ عن الصَّبِيِّ الْمَحْجُورِ بِإِذْنِهِ فَأَدَّى لَا يَرْجِعُ لِأَنَّ إذْنَهُ بِالْكَفَالَةِ لم يَصِحَّ لِأَنَّهُ من الْمَكْفُولِ عنه اسْتِقْرَاضٌ وَاسْتِقْرَاضُ الصَّبِيِّ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمَانُ
وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ فَإِذْنُهُ بِالْكَفَالَةِ صَحِيحٌ في حَقِّ نَفْسِهِ حتى يَرْجِعَ عليه بَعْدَ الْعَتَاقِ لَكِنْ لَا يَصِحُّ في حَقِّ الْمَوْلَى فَلَا يُؤَاخَذُ بِهِ في الْحَالِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا إضَافَةُ الضَّمَانِ إلَيْهِ بِأَنْ يَقُولَ اضْمَنْ عَنِّي وَلَوْ قال اضْمَنْ كَذَا ولم يُضِفْ إلَى نَفْسِهِ لَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ إذَا لم يُضِفْ إلَيْهِ فَالْكَفَالَةُ لم تَقَعْ إقْرَاضًا إيَّاهُ فَلَا يَرْجِعُ عليه
وَمِنْهَا أَدَاءُ الْمَالِ إلَى الطَّالِبِ أو ما هو في مَعْنَى الْأَدَاءِ إلَيْهِ فَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ قبل الْأَدَاءِ لِأَنَّ مَعْنَى الْإِقْرَاضِ وَالتَّمْلِيكِ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا بِأَدَاءِ الْمَالِ فَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ قَبْلَهُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ لِلْأَصِيلِ على الْكَفِيلِ دَيْنٌ مِثْلُهُ فَأَمَّا إذَا كان فَلَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ إذَا أَدَّى الدَّيْنَ التقي الدَّيْنَانِ قِصَاصًا إذْ لو ثَبَتَ لِلْكَفِيلِ حَقُّ الرُّجُوعِ على الْأَصِيلِ لَثَبَتَ لِلْأَصِيلِ أَنْ يَرْجِعَ عليه أَيْضًا فَلَا يُفِيدُ فَيَسْقُطَانِ جميعا
وَلَوْ وَهَبَ صَاحِبُ الدَّيْنِ الْمَالَ لِلْكَفِيلِ يَرْجِعُ على الْأَصِيلِ لِأَنَّ الْهِبَةَ في مَعْنَى الْأَدَاءِ لِأَنَّهُ لَمَّا وَهَبَ منه فَقَدْ مَلَكَ ما في ذِمَّةِ الْأَصِيلِ فَيَرْجِعُ عليه كما إذَا مَلَكَهُ بِالْأَدَاءِ وإذا وَهَبَ الدَّيْنَ من الْأَصِيلِ برىء الْكَفِيلُ لِأَنَّ هذا وَأَدَاءَ الْمَالِ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ لَمَّا وَهَبَهُ منه فَقَدْ مَلَكَ ما في ذِمَّتِهِ كما إذَا أَدَّى وَمَتَى برىء الْأَصِيلُ برىء الْكَفِيلُ لِأَنَّ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ
وَلَوْ مَاتَ الطَّالِبُ فَوَرِثَهُ الْكَفِيلُ

يَرْجِعُ على الْأَصِيلِ وَلَوْ وَرِثَهُ الْأَصِيلُ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ لِأَنَّ الْإِرْثَ من أَسْبَابِ الْمِلْكِ فَيَمْلِكُهُ الْأَصِيلُ وَمَتَى مَلَكَهُ برىء فَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ كما إذَا أَدَّى
وَلَوْ أَبْرَأَ الطَّالِبُ الْكَفِيلَ لَا يَرْجِعُ على الْأَصِيلِ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ إسْقَاطٌ وهو في حَقِّ الْكَفِيلِ إسْقَاطُ الْمُطَالَبَةِ لَا غَيْرُ وَلِهَذَا لَا تُوجِبُ بَرَاءَةُ الْكَفِيلِ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ فلم يَكُنْ فيه مَعْنَى تَمْلِيكِ الدَّيْنِ أَصْلًا فَلَا يَرْجِعُ
وَلَوْ أَبْرَأَ للكفيل (((الكفيل))) الْمَكْفُولَ عنه مِمَّا ضَمِنَهُ بِأَمْرِهِ قبل أَدَائِهِ أو وَهَبَهُ منه جَازَ حتى لو أَدَّاهُ الْكَفِيلُ بَعْدَ ذلك لَا يَرْجِعُ عليه لِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ الْحَقِّ له على الْأَصِيلِ وهو الْعَقْدُ بِإِذْنِهِ مَوْجُودٌ وَالْإِبْرَاءُ عن الْحَقِّ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ الْوُجُوبِ قبل الْوُجُوبِ جَائِزٌ كَالْإِبْرَاءِ عن الْأُجْرَةِ قبل مُضِيِّ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ
وَلَوْ لم يُؤَدِّ الْكَفِيلُ ما كَفَلَ بِهِ حتى عَجَّلَ الْأَصِيلُ لِمَا كَفَلَ عنه وَدَفَعَ إلَى الْكَفِيلِ يُنْظَرُ إنْ دَفَعَهُ إلَيْهِ على وَجْهِ الْقَضَاءِ يَجُوزُ لِأَنَّ وِلَايَةَ الرُّجُوعِ على الْأَصِيلِ إنْ لم تَكُنْ ثَابِتَةً له في الْحَالِ لَكِنَّهَا تَثْبُتُ بَعْدَ الْأَدَاءِ فَأَشْبَهَ الدَّيْنَ الْمُؤَجَّلَ إذَا عَجَّلَهُ الْمَطْلُوبُ قبل حِلِّ الْأَجَلِ أَنَّهُ يُقْبَلُ منه وَيَكُونُ قَضَاءً كَذَا هذا

وبرىء الْأَصِيلُ من دَيْنِ الْكَفِيلِ وَلَكِنْ لَا يَبْرَأُ عن دَيْنِ الْمَكْفُولِ له وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ أَيَّهمَا شَاءَ فَإِنْ أَخَذَ من الْأَصِيلِ كان له أَنْ يَرْجِعَ على الْكَفِيلِ بِمَا أَدَّى لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَكُنْ قَضَاءً وَإِنْ كان الْكَفِيلُ تَصَرَّفَ في ذلك الْمُعَجَّلِ وَرَبِحَ هل يَطِيبُ له الرِّبْحُ يُنْظَرُ إنْ كان الدَّيْنُ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ يَطِيبُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُمَا لَا يَتَعَيَّنَانِ في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ فَحَصَلَ التَّمْلِيكُ بِإِذْنِ صَاحِبِهَا فَيَطِيبُ له الرِّبْحُ وَإِنْ كان الدَّيْنُ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا مِمَّا يَتَعَيَّنُ في الْعَقْدِ يَطِيبُ له الرِّبْحُ أَيْضًا عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ

وَعَنْ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ذَكَرَ فيكِتَابِ الْبُيُوعِ أَنَّهُ يَطِيبُ له الرِّبْحُ ولم يُذْكَرْ الْخِلَافُ وفي رِوَايَةٍ قال يَتَصَدَّقُ وفي رِوَايَةٍ قال أَحَبَّ إلَيَّ أَنْ يَرُدَّ الرِّبْحَ على الْمَكْفُولِ عنه

هذا إذَا دَفَعَهُ إلَيْهِ على وَجْهِ الْقَضَاءِ فَأَمَّا إذَا دَفَعَهُ على وَجْهِ الرِّسَالَةِ لِيُؤَدِّيَ الدَّيْنَ مِمَّا دَفَعَهُ إلَيْهِ لَا على وَجْهِ الْقَضَاءِ فَتَصَرَّفَ فيه الْوَكِيلُ وَرَبِحَ لَا يَطِيبُ له الرِّبْحُ سَوَاءٌ كان الدَّيْنُ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ أو غَيْرَهُمَا من الْمَكِيلَاتِ

وَالْمَوْزُونَاتِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَطِيبُ وهو كَاخْتِلَافِهِمْ في الْمُودَعِ وَالْغَاصِبِ إذَا تَصَرَّفَ في الْوَدِيعَةِ وَالْمَغْصُوبِ وَرَبِحَ فِيهِمَا أَنَّهُ لَا يَطِيبُ له الرِّبْحُ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَطِيبُ وَالْمَسْأَلَةُ تأتي في مَوْضِعِهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ قال الطَّالِبُ لِلْكَفِيلِ بَرِئْتُ إلَيَّ من الْمَالِ يَرْجِعُ على الْأَصِيلِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ هذا إقْرَارٌ بِالْقَبْضِ وَالِاسْتِيفَاءِ لِمَا نَذْكُرُ وفي قَوْلِهِ بَرِئْتُ من الْمَالِ اخْتِلَافٌ نَذْكُرُهُ بَعْدَ هذا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ كَفَلَ رَجُلَانِ لِرَجُلٍ عن رَجُلٍ بِأَمْرِهِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ حتى يَثْبُتَ لِلطَّالِبِ وَلَايَةُ مُطَالَبَةِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ فَأَدَّى أَحَدُهُمَا شيئا من مَالِ الْكَفَالَةِ فَأَرَادَ أَنْ يَرْجِعَ على صَاحِبِهِ فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا أن كَفَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ بِمَا عليه وَقْتَ الْعَقْدِ أو بَعْدَهُ أو كَفَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ بِمَا عليه دُونَ الْآخَرِ أو لم يَكْفُلْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ أَصْلًا فَإِنْ لم يَكْفُلْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ أَصْلًا لَا يَرْجِعُ على صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ مِمَّا أَدَّى لِأَنَّهُ أَدَّى عن نَفْسِهِ لَا عن صَاحِبِهِ أَصْلًا لِأَنَّهُ لم يَكْفُلْ عنه وَلَكِنَّهُ يَرْجِعُ على الْأَصِيلِ لِأَنَّهُ كَفِيلٌ عنه بِأَمْرِهِ وَإِنْ كَفَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ بِمَا عليه ولم يَكْفُلْ عنه صَاحِبُهُ بِمَا عليه فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَفِيلِ فِيمَا أَدَّى أَنَّهُ من كَفَالَةِ صَاحِبِهِ إلَيْهِ أو من كَفَالَةِ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالْمَالِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا من جِهَةِ كَفَالَةِ نَفْسِهِ عن الْأَصِيلِ

وَالثَّانِي من جِهَةِ الْكَفَالَةِ عن صَاحِبِهِ وَلَيْسَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ أَوْلَى من الْآخَرِ فَكَانَ له وَلَايَةُ الْأَدَاءِ عن أَيِّهِمَا شَاءَ فإذا قال أَدَّيْتُهُ عن كَفَالَةِ صَاحِبِي يُصَدَّقُ وَيُرْجَعُ عليه لِأَنَّهُ كَفَلَ عنه بِأَمْرِهِ سَوَاءٌ أَدَّى الْمَالَ إلَى الطَّالِبِ ثُمَّ قال ذلك أو قال ابْتِدَاءً إنِّي أودي عن كَفَالَةِ صَاحِبِي

وَكَذَا إذَا قال أَدَّيْتُهُ عن كَفَالَةِ الْأَصِيلِ فَقُبِلَ منه وَيَرْجِعُ عليه لِأَنَّهُ كَفَلَ عنه بِأَمْرِهِ سَوَاءٌ قال ذلك بَعْدَ أَدَاءِ الْمَالِ إلَى الطَّالِبِ أو عِنْدَهُ ابْتِدَاءً

وَإِنْ كَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ بِمَا عليه فما أَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ عن نَفْسِهِ إلَى خَمْسِمِائَةٍ وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فيه أَنَّهُ أَدَّى عن شَرِيكِهِ لَا عن نَفْسِهِ بَلْ يَكُونُ عن نَفْسِهِ إلَى هذا الْقَدْرِ فَلَا يَرْجِعُ على شَرِيكِهِ

وَكَذَا إذَا قال ابْتِدَاءً أني أُؤَدِّي عن شَرِيكَيْ لَا عن نَفْسِي لَا يُقْبَلُ منه وَيَكُونُ عن نَفْسِهِ إلَى هذا الْقَدْرِ وَلَا يَرْجِعُ على شَرِيكِهِ ما لم يَزِدْ المؤدي على خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّ الْمُؤَدِّي إلَى خَمْسِمِائَةٍ له مُعَارِضٌ وَالزِّيَادَةُ لَا مُعَارِضَ لها فإذا زَادَ على خَمْسِمِائَةٍ يَرْجِعِ بِالزِّيَادَةِ إنْ شَاءَ على شَرِيكِهِ وَإِنْ شَاءَ على الْأَصِيلِ

وَكَذَا لو اشْتَرَى

(6/14)

رَجُلَانِ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَكَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ فما أَدَّى أَحَدُهُمَا يَقَعُ عن نَفْسِهِ وَلَا يَرْجِعُ على شَرِيكِهِ حتى يَزِيدَ على النِّصْفِ لِمَا ذَكَرْنَا
وَكَذَلِكَ الْمُتَفَاوِضَانِ إذَا افْتَرَقَا وَعَلَيْهِمَا دَيْنٌ فَلِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَنْ يُطَالِبَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَأَيُّهُمَا أَدَّى شيئا لَا يَرْجِعُ على شَرِيكِهِ حتى يَزِيدَ المؤدي على النِّصْفِ لِمَا ذَكَرْنَا
هذا إذَا كَفَلَا كَفَالَةً وَاحِدَةً ولم يَكْفُلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ بِجَمِيعِ الْمَالِ فَأَمَّا إذَا كَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفَالَةً مُتَفَرِّقَةً بِجَمِيعِ الْمَالِ عن الْمَطْلُوبِ ثُمَّ كَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ بِمَا عليه فما أَدَّى أَحَدُهُمَا شيئا يَرْجِعُ بِكُلِّ المؤدي على الْأَصِيلِ إنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ يَرْجِعُ بِنِصْفِهِ على شَرِيكِهِ لِأَنَّ حَقَّ الْمُطَالَبَةِ بِجَمِيعِ الْمَالِ لَزِمَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا من وَجْهَيْنِ الْكَفَالَةُ عن نَفْسِهِ وَالْكَفَالَةُ عن صَاحِبِهِ على السَّوَاءِ فَيَقَعُ المؤدي نِصْفُهُ عن نَفْسِهِ وَنِصْفُهُ عن صَاحِبِهِ لِتَسَاوِيهِمَا في الْكَفَالَتَيْنِ بالمؤدي وإذا وَقَعَ نِصْفُ المؤدي عن صَاحِبِهِ فَيَرْجِعُ عليه لِيُسَاوِيَهُ في الْأَدَاءِ كما سَاوَاهُ في الْكَفَالَةِ بالمؤدي بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ هُنَاكَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصِيلٌ في نِصْفِ الْمَالِ بِالْكَفَالَةِ عن نَفْسِهِ كَفِيلٌ عن صَاحِبِهِ بِالْكَفَالَةِ عنه فَيَكُونُ مُؤَدِّيًا عن نَفْسِهِ إلَى النِّصْفِ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ لِمَا مَرَّ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَرْجِعُ بِهِ الْكَفِيلُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إنَّ الْكَفِيلَ يَرْجِعُ بِمَا كَفَلَ لَا بِمَا أَدَّاهُ حتى لو كَفَلَ عن رَجُلٍ بِدَرَاهِمَ صِحَاحٍ جِيَادٍ فَأَعْطَاهُ مُكَسَّرَةً أو زُيُوفًا وَتَجُوزُ بِهِ الْمُطَالَبَةُ يَرْجِعُ عليه بِالصِّحَاحِ الْجِيَادِ لِأَنَّهُ بِالْأَدَاءِ مَلَكَ ما في ذِمَّةِ الْأَصِيلِ فَيَرْجِعُ بالمؤدي وهو الصِّحَاحُ الْجِيَادُ وَلَيْسَ هذا كَالْمَأْمُورِ بِأَدَاءِ الدَّيْنِ له أَنْ يَرْجِعَ بالمؤدي لَا بِالدَّيْنِ لِأَنَّهُ بِالْأَدَاءِ ما مَلَكَ الدَّيْن بَلْ أَقْرَضَ الْمُؤَدِّي من الْآمِرِ فَيَرْجِعُ عليه بِمَا أَقْرَضَهُ
وَكَذَلِكَ لو أَعْطَى بِالدَّرَاهِمِ دَنَانِيرَ أو شيئا من الْمَكِيلِ أو الْمَوْزُونِ فإنه يَرْجِعُ عليه بِمَا كَفَلَ لَا بِمَا أَدَّى لِمَا ذَكَرْنَا بِخِلَافِ ما إذَا صَالَحَ من الْأَلْفِ على خَمْسِمِائَةٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِالْخَمْسِمِائَةِ لَا بِالْأَلْفِ لِأَنَّهُ بِأَدَاءِ الْخَمْسمِائَةِ ما مَلَكَ ما في ذِمَّةِ الْأَصِيلِ وهو الْأَلْفُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إيقَاعُ الصُّلْحِ تَمْلِيكًا هَهُنَا لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا فَيَقَعُ إسْقَاطًا لِبَعْضِ الْحَقِّ وَالسَّاقِطُ لَا يَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ بِهِ
وَعَنْ مُحَمَّدٍ فِيمَنْ كَفَلَ خمسة (((بخمسة))) دَنَانِيرَ فَصَالَحَ الطَّالِبُ الْكَفِيلَ على ثَلَاثَةٍ ولم يَقُلْ أُصَالِحُكَ على أَنْ تُبَرِّئَنِي فَالصُّلْحُ وَاقِعٌ عن الْأَصِيلِ وَالْكَفِيلِ جميعا وَبَرِئَا جميعا وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ على الْأَصِيلِ بِثَلَاثَةِ دَنَانِيرَ
وَلَوْ قال أُصَالِحُكَ على ثَلَاثَةٍ على أَنْ تُبَرِّئَنِي فَهَذَا بَرَاءَةٌ عن الْكَفِيلِ خَاصَّةً وَيَرْجِعُ الطَّالِبُ على الْمَطْلُوبِ بِدِينَارَيْنِ لِأَنَّ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ إيقَاعُ الصُّلْحِ على ثَلَاثَةِ دَنَانِيرَ تَصَرُّفٌ في نَفْسِ الْحَقِّ بِإِسْقَاطِ بَعْضِهِ فَكَانَ الصُّلْحُ وَاقِعًا عنهما جميعا فَيَبْرَآنِ جميعا وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ على الْأَصِيلِ بِثَلَاثَةِ دَنَانِيرَ لِأَنَّهُ مَلَكَ هذا الْقَدْرَ بِالْأَدَاءِ فَيَرْجِعُ بِهِ عليه
وَأَمَّا في الْفَصْلِ الثَّانِي فَإِضَافَةُ الصُّلْحِ إلَى ثَلَاثَةٍ مَقْرُونًا بِشَرْطِ الْإِبْرَاءِ

الْمُضَافِ إلَى الْكَفِيلِ إبْرَاءً لِلْكَفِيلِ عن الْمُطَالَبَةِ بِدِينَارَيْنِ وَإِبْرَاءُ الْكَفِيلِ لَا يُوجِبُ إبْرَاءَ الْأَصِيلِ فَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ ويبقي الدِّينَارَانِ على الْأَصِيلِ فَيَأْخُذُهُ الطَّالِبُ مِنْهُمَا وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ
كِتَابُ الْحَوَالَةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الْحَوَالَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْحَوَالَةِ وفي بَيَانِ ما يَخْرُجُ بِهِ الْمُحَالُ عليه عن الْحَوَالَةِ وفي بَيَانِ الرُّجُوعِ بَعْدَ الْخُرُوجِ أَنَّهُ هل يَرْجِعُ أَمْ لَا
أَمَّا رُكْنُ الْحَوَالَةِ فَهُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ الْإِيجَابُ من الْمُحِيلِ وَالْقَبُولُ من الْمُحَالِ عليه وَالْمُحَالِ جميعا فَالْإِيجَابُ أَنْ يَقُولَ الْمُحِيلُ لِلطَّالِبِ أَحَلْتُك على فُلَانٍ هَكَذَا وَالْقَبُولُ من الْمُحَالِ عليه وَالْمُحَالِ أَنْ يَقُولَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَبِلْتُ أو رَضِيتُ أو نحو ذلك مِمَّا يَدُلُّ علي الْقَبُولِ وَالرِّضَا وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ لم يَكُنْ لِلْمُحِيلِ على الْمُحَالِ عليه دَيْنٌ فَكَذَلِكَ فَأَمَّا إذَا كان له عليه دَيْنٌ فَيَتِمُّ بِإِيجَابِ الْمُحِيلِ وَقَبُولِ الْمُحْتَالِ
وَجْهُ قَوْلِهِ إن الْمُحِيلَ في هذه الصُّورَةِ مُسْتَوْفٍ حَقَّ نَفْسِهِ بِيَدِ الطَّالِبِ فَلَا يَقِفُ على قَبُولِ من عليه الْحَقُّ كما إذَا وَكَّلَهُ بِالْقَبْضِ وَلَيْسَ هو كَالْمُحَالِ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ تَصَرُّفٌ عليه بِنَقْلِ حَقِّهِ من ذِمَّةٍ إلَى ذِمَّةٍ مع اخْتِلَافِ الذِّمَمِ فَلَا يَصِحُّ من غَيْرِ رِضَا صَاحِبِ الْحَقِّ
وَلَنَا أَنَّ الْحَوَالَةَ تَصَرُّفٌ على الْمُحَالِ

عليه بِنَقْلِ الْحَقِّ إلَى ذِمَّتِهِ فَلَا يَتِمُّ إلَّا بِقَبُولِهِ وَرِضَاهُ بِخِلَافِ التَّوْكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ ليس تَصَرُّفًا عليه بِنَقْلِ الْوَاجِبِ إلَيْهِ ابْتِدَاءً بَلْ هو تَصَرُّفٌ بِأَدَاءِ الْوَاجِبِ فَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ وَلِأَنَّ الناس في اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ وَالْمُطَالَبَةِ بها على التَّفَاوُتِ بَعْضُهُمْ أَسْهَلُ مُطَالَبَةً وَاقْتِضَاءً وَبَعْضُهُمْ أَصْعَبُ فَلَا بُدَّ من قَبُولِهِ لِيَكُونَ لُزُومُ ضَرَرِ الصُّعُوبَةِ مُضَافًا إلَى الْتِزَامِهِ
فصل وَأَمَّا الشَّرَائِطُ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُحِيلِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُحَالِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُحَالِ عليه وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُحَالِ بِهِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُحِيلِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا فَلَا تَصِحُّ حَوَالَةُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ الْعَقْلَ من شَرَائِطِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفَاتِ كُلِّهَا وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ بَالِغًا وهو شَرْطُ النَّفَاذِ دُونَ الِانْعِقَادِ فَتَنْعَقِدُ حَوَالَةُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ مَوْقُوفًا نَفَاذُهُ على إجَازَةِ وَلِيِّهِ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ إبْرَاءٌ بِحَالِهَا وَفِيهَا مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ بمالها خُصُوصًا إذَا كانت مُقَيَّدَةً فَتَنْعَقِدُ من الصَّبِيِّ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ فَأَمَّا حُرِّيَّةُ الْمُحِيلِ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْحَوَالَةِ حتى تَصِحَّ حَوَالَةُ الْعَبْدِ مَأْذُونًا كان في التِّجَارَةِ أو مَحْجُورًا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِتَبَرُّعٍ بِالْتِزَامِ شَيْءٍ كَالْكَفَالَةِ فَيَمْلِكُهَا الْعَبْدُ غير أَنَّهُ إنْ كان مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ رَجَعَ عليه الْمُحَالُ عليه لِلْحَالِّ إذَا أَدَّى ولم يَكُنْ لِلْعَبْدِ عليه دَيْنٌ مِثْلُهُ وَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ وَإِنْ كان مَحْجُورًا يَرْجِعُ عليه بَعْدَ الْعِتْقِ وَكَذَا الصِّحَّةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْحَوَالَةِ لِأَنَّهَا من قِبَلِ الْمُحِيلِ لَيْسَتْ بِتَبَرُّعٍ فَتَصِحُّ من الْمَرِيضِ
وَمِنْهَا رِضَا الْمُحِيلِ حتى لو كان مُكْرَهًا على الْحَوَالَةِ لَا تَصِحُّ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ إبْرَاءٌ فيها مَعْنَى التَّمْلِيكِ فَتَفْسُدُ بِالْإِكْرَاهِ كَسَائِرِ التَّمْلِيكَاتِ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُحَالِ فَأَنْوَاعٌ منها الْعَقْلُ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّ قَبُولَهُ رُكْنٌ

وَغَيْرُ الْعَاقِلِ لَا يَكُونُ من أَهْلِ الْقَبُولِ
وَمِنْهَا الْبُلُوغُ وَأَنَّهُ شَرْطُ النَّفَاذِ لَا شَرْطَ الِانْعِقَادِ فَيَنْعَقِدُ احْتِيَالُهُ مَوْقُوفًا على إجَازَةِ وَلِيِّهِ إنْ كان الثَّانِي أَهْلًا من الْأَوَّلِ وَكَذَا الْوَصِيُّ إذَا احْتَالَ بِمَالِ الْيَتِيمِ فلا تَصِحُّ إلَّا بِهَذِهِ الشَّرِيطَةِ لِأَنَّهُ مَنْهِيٌّ عن قُرْبَانِ مَالِهِ إلَّا على وَجْهِ الْأَحْسَنِ لِلْآيَةِ الشَّرِيفَةِ فيه { وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ } وَمِنْهَا الرِّضَا علي لو احْتَالَ مُكْرَهًا لَا تَصِحُّ لِمَا ذَكَرْنَا وَمِنْهَا مَجْلِسُ الْحَوَالَةِ وهو شَرْطُ الِانْعِقَادِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ شَرْطُ النَّفَاذِ حتى إن الْمُحْتَالَ لو كان غَائِبًا عن الْمَجْلِسِ فَبَلَغَهُ الْخَبَرُ فَأَجَازَ لَا يَنْفُذُ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَنْفُذُ
وَالصَّحِيحُ قَوْلُهُمَا لِأَنَّ قَبُولَهُ من أَحَدِ الْأَرْكَانِ الثَّلَاثَةِ فَكَانَ كَلَامُهُمَا بِدُونِ شَرْطِ الْعَقْدِ فَلَا يَقِفُ على غَائِبٍ عن الْمَجْلِسِ كما في الْبَيْعِ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُحَالِ عليه فَأَنْوَاعٌ أَيْضًا منها الْعَقْلُ فَلَا يَصِحُّ من الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ قَبُولَ الْحَوَالَةِ أَصْلًا لِمَا ذَكَرْنَا وَمِنْهَا الْبُلُوغُ وإنه شَرْطُ الِانْعِقَادِ أَيْضًا فَلَا يَصِحُّ من الصَّبِيِّ قَبُولُ الْحَوَالَةِ أَصْلًا لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ كان عَاقِلًا سَوَاءٌ كان مَحْجُورًا عليه أو مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ وَسَوَاءٌ كانت الْحَوَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْمُحِيلِ أو بِأَمْرِهِ
أَمَّا إذَا كانت بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ على الْمُحِيلِ فَكَانَ تَبَرُّعًا بِابْتِدَائِهِ وَانْتِهَائِهِ
وَكَذَلِكَ إذَا كانت بِأَمْرِهِ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِابْتِدَائِهِ فَلَا يَمْلِكُهُ الصَّبِيُّ مَحْجُورًا كان أو مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ كَالْكَفَالَةِ وَإِنْ قَبِلَ عنه وَلِيُّهُ لَا يَصِحُّ أَيْضًا لِأَنَّهُ من التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ فَلَا يَمْلِكُهُ الْوَلِيُّ
وَمِنْهَا الرِّضَا حتى لو أُكْرِهَ على قَبُولِ الْحَوَالَةِ لَا يَصِحُّ
وَمِنْهَا الْمَجْلِسُ وإنه شَرْطُ الِانْعِقَادِ عِنْدَهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا في جَانِبِ الْمُحِيلِ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُحَالِ بِهِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ دَيْنًا فَلَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ بِالْأَعْيَانِ الْقَائِمَةِ لِأَنَّهَا نَقْلُ ما في الذِّمَّةِ ولم يُوجَدْ
وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ لَازِمًا فَلَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ من (((بدين))) غَيْرِ لَازِمٍ كَبَدَلِ الْكِتَابَةِ وما يَجْرِي مَجْرَاهُ لِأَنَّ ذلك دَيْنٌ تَسْمِيَةً لَا حَقِيقَةً إذْ الْمَوْلَى لَا يَجِبُ له على عَبْدِهِ دَيْنٌ وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ دَيْنٍ لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهِ لَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ بِهِ
وَأَمَّا وُجُوبُ الدَّيْنِ على الْمُحَالِ عليه لِلْمُحِيلِ قبل الْحَوَالَةِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْحَوَالَةِ حتى تَصِحَّ الْحَوَالَةُ سَوَاءٌ كان لِلْمُحِيلِ على الْمُحَالِ عليه دَيْنٌ أو لم يَكُنْ وَسَوَاءٌ كانت الْحَوَالَةُ مُطْلَقَةً أو مُقَيَّدَةً
وَالْجُمْلَةُ فيه أَنَّ الْحَوَالَةَ نَوْعَانِ مُطْلَقَةٌ وَمُقَيَّدَةٌ فَالْمُطْلَقَةُ أَنْ يُحِيلَ بِالدَّيْنِ على فُلَانٍ وَلَا يُقَيِّدُهُ بِالدَّيْنِ الذي عليه وَالْمُقَيَّدَةُ أَنْ يُقَيِّدَهُ بِذَلِكَ وَالْحَوَالَةُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ من النَّوْعَيْنِ جَائِزَةٌ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من أُحِيلَ على مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ من غَيْرِ فَصْلٍ إلَّا أَنَّ الْحَوَالَةَ الْمُطْلَقَةَ تُخَالِفُ الْحَوَالَةَ الْمُقَيَّدَةَ في أَحْكَامٍ منها إذَا أَطْلَقَ الْحَوَالَةَ ولم يَكُنْ له على الْمُحَالِ عليه دَيْنٌ فإن الْمُحَالَ يَطْلُبُ الْمُحَالَ عليه بِدَيْنِ الْحَوَالَةِ لَا غَيْرُ وَإِنْ كان له عليه دَيْنٌ فإن الْمُحَالَ عليه يُطَالَبُ بِدَيْنَيْنِ دَيْنِ الْحَوَالَةِ وَدَيْنِ الْمُحِيلِ فَيُطَالِبُهُ

الْمُحَالُ بِدَيْنِ الْحَوَالَةِ وَيُطَالِبُهُ الْمُحِيلُ بِالدَّيْنِ الذي له عليه وَلَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ لِلْمُحِيلِ بِدَيْنِهِ بِسَبَبِ الْحَوَالَةِ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ لم تَتَقَيَّدْ بِالدَّيْنِ الذي لِلْمُحَالِ عليه لِأَنَّهَا وُجِدَتْ مُطْلَقَةً عن هذه الشَّرِيطَةِ فَيَتَعَلَّقُ دَيْنُ الْحَوَالَةِ بِذِمَّتِهِ وَدَيْنُ الْمُحِيلِ بَقِيَ على حَالِهِ وإذا قَيَّدَهَا بِالدَّيْنِ الذي عليه يَنْقَطِعُ حَقُّ مُطَالَبَةِ الْمُحِيلِ لِأَنَّهُ قَيَّدَ الْحَوَالَةَ بهذا الدَّيْنِ فَيَتَقَيَّدُ بِهِ وَيَكُونُ ذلك الدَّيْنُ بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ عِنْدَهُ وَإِنْ لم يَكُنْ رَهْنًا على الْحَقِيقَةِ

وَمِنْهَا أَنَّهُ لو ظَهَرَتْ بَرَاءَةُ الْمُحَالِ عليه من الدَّيْنِ الذي قُيِّدَتْ بِهِ الْحَوَالَةُ بِأَنْ كان الدَّيْنُ ثَمَنَ مَبِيعٍ فَاسْتَحَقَّ الْمَبِيعَ تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ وَلَوْ سَقَطَ عنه الدَّيْنُ لِمَعْنًى عَارِضٍ بِأَنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْبَائِعِ قبل التَّسْلِيمِ بَعْدَ الْحَوَالَةِ حتى سَقَطَ الثَّمَنُ عنه لَا تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ عنه لَكِنْ إذَا أَدَّى الدَّيْنَ بَعْدَ سُقُوطِ الثَّمَنِ يَرْجِعُ بِمَا أَدَّى على الْمُحِيلِ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ وَلَوْ ظَهَرَ ذلك في الْحَوَالَةِ الْمُطْلَقَةِ لَا يَبْطُلُ لِأَنَّهُ لَمَّا قَيَّدَ الْحَوَالَةَ بِهِ فَقَدْ تَعَلَّقَ الدَّيْنُ بِهِ فإذا ظَهَرَ أَنَّهُ لَا دَيْنَ فَقَدْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا حَوَالَةَ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِالدَّيْنِ وقد تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا دَيْنَ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا حَوَالَةَ ضَرُورَةً وَهَذَا لَا يُوجَدُ في الْحَوَالَةِ الْمُطْلَقَةِ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِهِ يُوجِبُ تَقْيِيدَ الْحَوَالَةِ ولم يُوجَدْ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الدَّيْنُ فَيَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ فَلَا يَظْهَرُ أَنَّ الْحَوَالَةَ كانت بَاطِلَةً

وَكَذَلِكَ لو قَيَّدَ الْحَوَالَةَ بِأَلْفٍ وَدِيعَةً عِنْدَ رَجُلٍ فَهَلَكَتْ الْأَلْفُ عِنْدَ الْمُودَعِ بَطَلَتْ الْحَوَالَةُ وَلَوْ كانت الْأَلْفُ على الْمُحَالِ عليه مَضْمونه لَا تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ بِالْهَلَاكِ لِأَنَّهُ يَجِبُ عليه مِثْلُهَا

وَمِنْهَا إنه إذَا مَاتَ الْمُحِيلُ في الْحَوَالَةِ الْمُقَيَّدَةِ قبل أَنْ يُؤَدِّيَ الْمُحَالُ عليه الدَّيْنَ إلَى الْمُحَالِ وَعَلَى الْمُحِيلِ دُيُونٌ سِوَى دَيْنِ الْمُحَالِ وَلَيْسَ له مَالٌ سِوَى هذا الدَّيْنِ لَا يَكُونُ الْمُحَالُ أَحَقَّ بِهِ من بَيْنِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ يَكُونُ أَحَقَّ بِهِ من بَيْنِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ كَالرَّهْنِ

وَلَنَا الْفَرْقُ بين الْحَوَالَةِ وَالرَّهْنِ وهو أَنَّ الْمُرْتَهِنَ اُخْتُصَّ بِغُرْمِ الرَّهْنِ من بَيْنِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو هَلَكَ يَسْقُطُ دَيْنُهُ خَاصَّةً وَلَمَّا اُخْتُصَّ بِغُرْمِهِ اُخْتُصَّ بِغُنْمِهِ لِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ فَأَمَّا الْمُحَالُ في الْحَوَالَةِ الْمُقَيَّدَةِ فلم يَخْتَصَّ بِغُرْمِ ذلك الْمَالِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو توى لَا يَسْقُطُ دَيْنُهُ على الْمُحِيلِ وَالتَّوَى على الْمُحِيلِ دُونَهُ فلما لم يَخْتَصَّ بِغُرْمِهِ لم يَخْتَصَّ بِغُنْمِهِ أَيْضًا بَلْ يَكُونُ هو وَغُرَمَاءُ الْمُحِيلِ أُسْوَةً في ذلك وإذا أَرَادَ الْمُحِيلُ أَنْ يَأْخُذَ الْمُحَالَ عليه بِبَقِيَّةِ دَيْنِهِ فَلَيْسَ له ذلك لِأَنَّ الْمَالَ الذي قُيِّدَتْ بِهِ الْحَوَالَةُ اُسْتُحِقَّ من الْمُحَالِ عليه فَبَطَلَتْ الْحَوَالَةُ

وَلَوْ كانت الْحَوَالَةُ مُطْلَقَةً وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا يُؤْخَذُ من الْمُحَالِ عليه جَمِيعُ الدَّيْنِ الذي عليه وَيُقْسَمُ بين غُرَمَاءِ الْمُحِيلِ وَلَا يَدْخُلُ الْمُحَالُ في ذلك وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ من الْمُحَالِ عليه لِأَنَّ الْحَوَالَةَ لم تَتَعَلَّقْ بِهِ فَذَلِكَ مِلْكُ الْمُحِيلِ وَلَا يُشَارِكُهُمْ الْمُحَالُ في ذلك لِأَنَّ حَقَّهُ ثَبَتَ على الْمُحَالِ عليه وَلَا يَعُودُ إلَى الْمُحِيلِ وَلَكِنَّ الْقَاضِيَ يَأْخُذُ من غُرَمَاءِ الْمُحِيلِ كَفِيلًا لِأَنَّهُ ثَبَتَ الرُّجُوعُ إلَيْهِمْ لِأَحَدِ رَجُلَيْنِ أَمَّا الْمُحَالُ إذَا توى ما على الْآخَرِ وَأَمَّا الْمُحَالُ عليه إذَا أَدَّى الدَّيْنَ فَالْقَاضِي نُصِّبَ نَاظِرًا لِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ فَيُحْتَاطُ في ذلك بِأَخْذِ الْكَفِيلِ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْحَوَالَةِ فَنَقُولُ وبِاَللَّهِ تعالى التَّوْفِيقُ الْحَوَالَةُ لها أَحْكَامٌ منها بَرَاءَةُ الْمُحِيلِ وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ

وقال زُفَرُ الْحَوَالَةُ لَا تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْمُحِيلِ وَالْحَقُّ في ذِمَّتِهِ بَعْدَ الْحَوَالَةِ على ما كان عليه قَبْلَهَا كَالْكَفَالَةِ سَوَاءً

وَجْهُ قَوْلِهِ إن الْحَوَالَةَ شُرِعَتْ وَثِيقَةً لِلدَّيْنِ كَالْكَفَالَةِ وَلَيْسَ من الْوَثِيقَةِ بَرَاءَةُ

الْأَوَّلِ بَلْ الْوَثِيقَةُ في مُطَالَبَةِ الثَّانِي مع بَقَاءِ الدَّيْنِ على حَالِهِ في ذِمَّةِ الْأَوَّلِ من غَيْرِ تَغْيِيرٍ كما في الْكَفَالَةِ سَوَاءً
وَلَنَا أَنَّ الْحَوَالَةَ مُشْتَقَّةٌ من التَّحْوِيلِ وهو النَّقْلُ فَكَانَ مَعْنَى الِانْتِقَالِ لَازِمًا فيها وَالشَّيْءُ إذَا انْتَقَلَ إلَى مَوْضِعٍ لَا يَبْقَى في الْمَحِلِّ الْأَوَّلِ ضَرُورَةً وَمَعْنَى الْوَثِيقَةِ يَحْصُلُ بِسُهُولَةِ الْوُصُولِ من حَيْثُ الْمَلَاءَةُ وَالْإِنْصَافُ وَلَوْ كَفَلَ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ جَازَ وَتَكُونُ حَوَالَةً لِأَنَّهُ أتى بِمَعْنَى الْحَوَالَةِ وَاخْتَلَفَ مَشَايِخُنَا الْمُتَأَخِّرُونَ في كَيْفِيَّةِ النَّقْلِ مع اتِّفَاقِهِمْ على ثُبُوتِ أَصْلِهِ مُوجِبًا لِلْحَوَالَةِ قال بَعْضُهُمْ إنَّهَا نَقْلُ الْمُطَالَبَةِ وَالدَّيْنِ جميعا
وقال بَعْضُهُمْ إنَّهَا نَقْلُ الْمُطَالَبَةِ فَحَسْبُ
فَأَمَّا أَصْلُ الدَّيْنِ فَبَاقٍ في ذِمَّةِ الْمُحِيلِ
وَجْهُ قَوْلِ الْأَوَّلِينَ دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ وَالْمَعْقُولِ
أَمَّا دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ فَلِأَنَّا أَجْمَعْنَا على أَنَّهُ لو أَبْرَأَ الْمُحَالَ عليه من الدَّيْنِ أو وَهَبَ الدَّيْنَ منه صَحَّتْ الْبَرَاءَةُ وَالْهِبَةُ وَلَوْ أَبْرَأَ الْمُحِيلَ من الدَّيْنِ أو وَهَبَ الدَّيْنَ منه لَا يَصِحُّ وَلَوْلَا أَنَّ الدَّيْنَ انْتَقَلَ إلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عليه وَفَرَغَتْ ذِمَّةُ الْمُحِيلِ عن الدَّيْنِ لَمَا صَحَّ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ عن الدَّيْنِ وَهِبَةُ الدَّيْنِ وَلَا دَيْنَ مُحَالٌ وَلَصَحَّ الثَّانِي لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ عن دَيْنٍ ثَابِتٍ وَهِبَتُهُ منه صَحِيحٌ وَإِنْ تَأَخَّرَتْ الْمُطَالَبَةُ كَالْإِبْرَاءِ عن الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَلِأَنَّ الْحَوَالَةَ تُوجِبُ النَّقْلَ لِأَنَّهَا

مُشْتَقَّةٌ من التَّحْوِيلِ وهو النَّقْلُ فَيَقْتَضِي نَقْلَ ما أُضِيفَ إلَيْهِ وقد أُضِيفَ إلَى الدَّيْنِ لَا إلَى الْمُطَالَبَةِ لِأَنَّهُ إذَا قال أَحَلْتُ بِالدَّيْنِ أو أَحَلْتُ فُلَانًا بِدَيْنِهِ فَيُوجِبُ انْتِقَالَ الدَّيْنِ إلَى الْمُحَالِ عليه إلَّا أَنَّهُ إذَا انْتَقَلَ أَصْلُ الدَّيْنِ إلَيْهِ تَنْتَقِلُ الْمُطَالَبَةُ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ وَجْهُ قَوْلِ الْآخَرِينَ دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ وَالْمَعْقُولِ
أَمَّا دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ فإن الْمُحِيلَ إذَا قضي دَيْنَ الطَّالِبِ بَعْدَ الْحَوَالَةِ قبل أَنْ يُؤَدِّيَ الْمُحَالُ عليه لَا يَكُونُ مُتَطَوِّعًا وَيُجْبَرُ على الْقَبُولِ وَلَوْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ لَكَانَ مُتَطَوِّعًا فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُجْبَرَ على الْقَبُولِ كما إذَا تَطَوَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِقَضَاءِ دَيْنِ إنْسَانٍ على غَيْرِهِ وَكَذَلِكَ الْمُحَالُ لو أَبْرَأَ الْمُحَالَ عليه عن دَيْنِ الْحَوَالَةِ لَا يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ وَلَوْ وَهَبَهُ منه يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ كما إذَا أَبْرَأَ الطَّالِبَ الْكَفِيلُ أو وَهَبَ منه وَلَوْ انْتَقَلَ الدَّيْنُ إلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عليه لَمَا اخْتَلَفَ حُكْمُ الْإِبْرَاءِ وَالْهِبَةِ وَلَا ارْتَدَّا جميعا بِالرَّدِّ كما لو أَبْرَأَ الْأَصِيلَ أو وَهَبَ منه
وَكَذَلِكَ الْمُحَالُ لو أَبْرَأَ الْمُحَالَ عليه عن دَيْنِ الْحَوَالَةِ لَا يَرْجِعُ على الْمُحِيلِ وَإِنْ كانت الْحَوَالَةُ بِأَمْرِهِ كما في الْكَفَالَةِ
وَلَوْ وَهَبَ الدَّيْنَ منه له أَنْ يَرْجِعَ عليه إذَا لم يَكُنْ لِلْمُحِيلِ عليه دَيْنٌ كما في الْكَفَالَةِ وَلَوْ كان له عليه دَيْنٌ يَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا كَالْكَفَالَةِ سَوَاءً فَدَلَّتْ هذه الْأَحْكَامُ على التَّسْوِيَةِ بين الْحَوَالَةِ وَالْكَفَالَةِ ثُمَّ إنَّ الدَّيْنَ في بَابِ الْكَفَالَةِ ثَابِتٌ في ذِمَّةِ الْأَصِيلِ فَكَذَا في الْحَوَالَةِ
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَهُوَ أَنَّ الْحَوَالَةَ شُرِعَتْ وَثِيقَةً لِلدَّيْنِ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ وَلَيْسَ من الْوَثِيقَةِ إبْرَاءُ الْأَوَّلِ بَلْ الْوَثِيقَةُ في نَقْلِ الْمُطَالَبَةِ مع قِيَامِ أَصْلِ الدَّيْنِ في ذِمَّةِ الْمُحِيلِ

وَمِنْهَا ثُبُوتُ وِلَايَةِ الْمُطَالَبَةِ لِلْمُحَالِ على الْمُحَالِ عليه بِدَيْنٍ في ذِمَّتِهِ أو في ذِمَّةِ الْمُحِيلِ على حَسَبِ ما ذَكَرْنَا من اخْتِلَافِ الْمَشَايِخِ فيه لِأَنَّ الْحَوَالَةَ أَوْجَبَتْ النَّقْلَ إلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عليه بِدَيْنٍ في ذِمَّتِهِ إمَّا نَقْلُ الدَّيْنِ وَالْمُطَالَبَةِ جميعا وَإِمَّا نَقْلُ الْمُطَالَبَةِ لَا غَيْرُ وَذَلِكَ يُوجِبُ حَقَّ الْمُطَالَبَةِ لِلْمُحَالِ على الْمُحَالِ عليه

وَمِنْهَا ثُبُوتُ حَقِّ الْمُلَازَمَةِ لِلْمُحَالِ عليه على الْمُحِيلِ إذَا لَازَمَهُ الْمُحَالُ فَكُلَّمَا لَازَمَهُ الْمُحَالُ فَلَهُ أَنْ يُلَازِمَ الْمُحِيلَ لِيَتَخَلَّصَ عن مُلَازَمَةِ الْمُحَالِ وإذا حَبَسَهُ له أَنْ يَحْبِسَهُ إذَا كانت الْحَوَالَةُ بِأَمْرِ الْمُحِيلِ ولم يَكُنْ على الْمُحَالِ عليه دَيْنٌ مِثْلُهُ لِلْمُحِيلِ لِأَنَّهُ هو الذي أَوْقَعَهُ في هذه الْعُهْدَةِ فَعَلَيْهِ تَخْلِيصُهُ منها

وَإِنْ كانت الْحَوَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ أو كانت بِأَمْرِهِ وَلَكِنْ لِلْمُحِيلِ على الْمُحَالِ عليه دَيْنٌ مِثْلُهُ وَالْحَوَالَةُ مُقَيَّدَةٌ لم يَكُنْ لِلْمُحَالِ عليه أَنْ يُلَازِمَ الْمُحِيلَ إذَا لُوزِمَ وَلَا أَنْ يَحْبِسَهُ إذَا حُبِسَ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ إذَا كانت بِغَيْرِ أَمْرِ الْمُحِيلِ كان الْمُحَالُ عليه مُتَبَرِّعًا وَإِنْ كان لِلْمُحِيلِ عليه دَيْنٌ مِثْلُهُ وَقَيَّدَ الْحَوَالَةَ بِهِ فَلَوْ لَازَمَهُ الْمُحَالُ عليه لَكَانَ لِلْمُحِيلِ أَنْ يُلَازِمَهُ أَيْضًا فَلَا يُفِيدُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَخْرُجُ بِهِ الْمُحَالُ عليه من الْحَوَالَةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ أنه يَخْرُجُ من الْحَوَالَةِ بِانْتِهَاءِ حُكْمِ الْحَوَالَةِ وَحُكْمُ الْحَوَالَةِ يَنْتَهِي بِأَشْيَاءَ منها فَسْخُ الْحَوَالَةِ لِأَنَّ فيها مَعْنَى مُعَاوَضَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ فَكَانَتْ مُحْتَمِلَةً لِلْفَسْخِ وَمَتَى فُسِخَ تَعُودُ الْمُطَالَبَةُ إلَى الْمُحِيلِ

وَمِنْهَا التَّوَى عِنْدَ عُلَمَائِنَا وعن (((وعند))) الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ حُكْمُ الْحَوَالَةِ لَا يَنْتَهِي بِالتَّوَى وَلَا تَعُودُ الْمُطَالَبَةُ إلَى الْمُحِيلِ

وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال من أُحِيلَ على مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ ولم يُفَصِّلْ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَلِأَنَّ الْحَوَالَةَ مُبَرِّئَةٌ بِلَا خِلَافٍ وقد عُقِدَتْ مُطْلَقَةً عن شَرِيطَةِ السَّلَامَةِ فَتُفِيدُ الْبَرَاءَةَ مُطْلَقًا

وَلَنَا ما رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال في الْمُحَالِ عليه إذَا مَاتَ مُفْلِسًا عَادَ الدَّيْنُ إلَى ذِمَّةِ الْمُحِيلِ وقال لَا تَوًى على مَالِ امرىء مُسْلِمٍ وَعَنْ شُرَيْحٍ مِثْلُ ذلك ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ في الْأَصْلِ ولم يُنْقَلْ عن أَحَدٍ من الصَّحَابَةِ خِلَافُهُ فَكَانَ إجْمَاعًا وَلِأَنَّ الدَّيْنَ كان ثَابِتًا في ذِمَّةِ الْمُحِيلِ قبل الْحَوَالَةِ

وَالْأَصْلُ أَنَّ الدَّيْنَ لَا يَسْقُطُ إلَّا بِالْقَضَاءِ قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الدَّيْنُ مَقْضِيٌّ إلَّا أَنَّهُ أُلْحِقَ الْإِبْرَاءُ بِالْقَضَاءِ في السُّقُوطِ وَالْحَوَالَةُ لَيْسَتْ بِقَضَاءٍ وَلَا إبْرَاءٍ فَبَقِيَ الدَّيْنُ في ذِمَّتِهِ على ما كان قبل الْحَوَالَةِ إلَّا أَنَّ بِالْحَوَالَةِ انْتَقَلَتْ الْمُطَالَبَةُ إلَى الْمُحَالِ عليه لَكِنْ إلَى غَايَةِ التَّوَى لِأَنَّ حَيَاةَ الدَّيْنِ بِالْمُطَالَبَةِ فإذا توى لم تَبْقَ وَسِيلَةٌ إلَى الأحياء فَعَادَتْ إلَى مَحِلِّهَا الْأَصْلِيِّ وَلَا حُجَّةَ له في الحديث لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَّقَ الْحُكْمَ بِشَرِيطَةِ الْمَلَاءَةِ وقد ذَهَبَتْ بِالْإِفْلَاسِ ثُمَّ التَّوَى عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِشَيْئَيْنِ لَا ثَالِثَ لَهُمَا أَحَدُهُمَا أَنْ يَمُوتَ الْمُحَالُ عليه مُفْلِسًا

وَالثَّانِي أَنْ يَجْحَدَ الْحَوَالَةَ وَيَحْلِفَ وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُحَالِ وقد قال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ بِهِمَا وَبِثَالِثٍ وهو أَنْ يُفْلِسَ الْمُحَالُ عليه حَالَ حَيَاتِهِ وَيَقْضِيَ الْقَاضِي بِإِفْلَاسِهِ بِنَاءً على أَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِالْإِفْلَاسِ حَالَ

حَيَاتِهِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ لَا يَقْضِي بِهِ
وَمِنْهَا أَدَاءُ الْمُحَالِ عليه الْمَالَ إلَى الْمُحَالِ فإذا أَدَّى الْمَالَ خَرَجَ عن الْحَوَالَةِ إذْ لَا فَائِدَةَ في بَقَائِهَا بَعْدَ انْتِهَاءِ حُكْمِهَا
وَمِنْهَا أَنْ يَهَبَ الْمُحَالُ الْمَالَ لِلْمُحَالِ عليه وَيَقْبَلَهُ
وَمِنْهَا أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ عليه وَيَقْبَلَهُ لِأَنَّ الْهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ في مَعْنَى الْإِبْرَاءِ وَمِنْهَا أَنْ يَمُوتَ الْمُحَالُ فَيَرِثُهُ الْمُحَالُ عليه
وَمِنْهَا أَنْ يُبَرِّئَهُ من الْمَالِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فصل وَأَمَّا بَيَانُ الرُّجُوعِ فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في الرُّجُوعِ في مَوْضِعَيْنِ في بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّجُوعِ وفي بَيَانِ ما يَرْجِعُ بِهِ أَمَّا شَرَائِطُهُ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ تَكُونَ الْحَوَالَةُ بِأَمْرِ الْمُحِيلِ فَإِنْ كانت بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَا يَرْجِعُ بِأَنْ قال رَجُلٌ لِلطَّالِبِ أن لَك على فُلَانٍ كَذَا وَكَذَا من الدَّيْنِ فَاحْتَلْ بها عَلَيَّ فَرَضِيَ بِذَلِكَ الطَّالِبُ جَازَتْ الْحَوَالَةُ إلَّا أَنَّهُ إذَا أَدَّى لَا يَرْجِعُ على الْمُحِيلِ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ إذَا كانت بِأَمْرِ الْمُحِيلِ صَارَ الْمُحَالُ مُمَلَّكًا الدَّيْنَ من الْمُحَالِ عليه بِمَا أَدَّى إلَيْهِ من الْمَالِ فَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ بِذَلِكَ على الْمُحِيلِ وَإِنْ كانت بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَا يُوجَدُ مَعْنَى التَّمْلِيكِ فَلَا تَثْبُتُ وِلَايَةُ الرُّجُوعِ
وَمِنْهَا أَدَاءُ مَالِ الْحَوَالَةِ أو ما هو في مَعْنَى الْأَدَاءِ كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ إذَا قَبِلَ الْمُحَالُ عليه وَكَذَا إذَا وَرِثَهُ الْمُحَالُ عليه لِأَنَّ الْإِرْثَ من أَسْبَابِ الْمِلْكِ فإذا وَرِثَهُ فَقَدْ مَلَكَهُ فَكَانَ له حَقُّ الرُّجُوعِ
وَلَوْ أَبْرَأَ الْمُحَالُ الْمُحَالَ عليه من الدَّيْنِ لَا يَرْجِعُ على الْمُحِيلِ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ إسْقَاطُ حَقِّهِ فَلَا يُعْتَبَرُ فيه جَانِبُ التَّمْلِيكِ إلَّا عِنْدَ اشْتِغَالِهِ بِالرَّدِّ فإذا لم يُوجَدْ بَقِيَ إسْقَاطًا مَحْضًا فلم يَمْلِكْ الْمُحَالُ عليه شيئا فَلَا يَرْجِعُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ لِلْمُحِيلِ على الْمُحَالِ عليه دَيْنٌ مِثْلُهُ فَإِنْ كان لَا يَرْجِعُ لِأَنَّ الدَّيْنَيْنِ الْتَقَيَا قِصَاصًا لِأَنَّهُ لو رَجَعَ على الْمُحِيلِ لَرَجَعَ الْمُحِيلُ عليه أَيْضًا فَلَا يُفِيدُ فَيَتَقَاصَّا الدَّيْنَيْنِ فَبَطَلَ حَقُّ الرُّجُوعِ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَرْجِعُ بِهِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ أن الْمُحَالَ عليه يَرْجِعُ بِالْمُحَالِ بِهِ لَا بِالْمُؤَدَّى حتى لو كان الدَّيْنُ الْمُحَالُ بِهِ دَرَاهِمَ فَنَقَدَ الْمُحَالُ عليه دَنَانِيرَ عن الدَّرَاهِمِ أو كان الدَّيْنُ دَنَانِيرَ فَنَقَدَهُ دَرَاهِمَ عن الدَّنَانِيرِ فَتَصَارَفَا جَازَ وَيُرَاعَى فيه شَرَائِطُ الصَّرْفِ حتى لو افْتَرَقَا قبل الْقَبْضِ أو شَرَطَا فيه الْأَجَلَ وَالْخِيَارُ يُبْطِلُ الصَّرْفَ وَيَعُودُ الدَّيْنُ إلَى حَالِهِ
وإذا صَحَّتْ الْمُصَارَفَةُ فَالْمُحَالُ عليه يَرْجِعُ على الْمُحِيلِ بِمَالِ الْحَوَالَةِ لَا بِالْمُؤَدَّى لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِحُكْمِ الْمِلْكِ وَأَنَّهُ يَمْلِكُ دَيْنَ الْحَوَالَةِ لَا الْمُؤَدَّى بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْكَفَالَةِ وَكَذَا إذَا بَاعَهُ بِالدَّرَاهِمِ أو الدَّنَانِيرِ عَرَضًا يَرْجِعُ بِمَالِ الْحَوَالَةِ لِمَا ذَكَرْنَا
وَكَذَا إذَا أَعْطَاهُ زُيُوفًا مَكَانَ الْجِيَادِ وَتَجَوَّزَ بها الْمُحَالُ رَجَعَ على الْمُحِيلِ بِالْجِيَادِ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ صَالَحَ الْمُحَالُ الْمُحَالَ عليه فَإِنْ صَالَحَهُ على جِنْسِ حَقِّهِ وَأَبْرَأَهُ عن الْبَاقِي يَرْجِعُ على الْمُحِيلِ بِالْقَدْرِ الْمُؤَدَّى لِأَنَّهُ مَلَكَ ذلك الْقَدْرَ من الدَّيْنِ فَيَرْجِعُ بِهِ
وَإِنْ صَالَحَ على خِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ بِأَنْ صَالَحَهُ من الدَّرَاهِمِ على دَنَانِيرَ أو على مَالٍ آخَرَ يَرْجِعُ على الْمُحِيلِ بِكُلِّ الدَّيْنِ لِأَنَّ الصُّلْحَ على خِلَافِ جِنْسِ الْحَقِّ مُعَاوَضَةٌ وَالْمُؤَدَّى يَصْلُحُ عِوَضًا على كل الدَّيْنِ
وَلَوْ قَبَضَ الْمُحَالُ مَالَ الْحَوَالَةِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فقال الْمُحِيلُ لم يَكُنْ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ وَإِنَّمَا أنت وَكِيلِي في الْقَبْضِ وَالْمَقْبُوضُ لي وقال الْمُحَالُ لَا بَلْ أَحَلْتنِي بِأَلْفٍ كانت لي عَلَيْك فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ مع يَمِينِهِ لِأَنَّ الْمُحَالَ يَدَّعِي عليه دَيْنًا وهو يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ عِنْدَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ مع يَمِينِهِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

كِتَابُ الْوَكَالَةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ مَعْنَى التَّوْكِيلِ لُغَةً وَشَرْعًا وفي بَيَانِ رُكْنِ التَّوْكِيلِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي حُكْمِ التَّوْكِيلِ وفي بَيَانِ ما يَخْرُجُ بِهِ الْوَكِيلُ عن الْوَكَالَةِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالتَّوْكِيلُ إثْبَاتُ الْوَكَالَةِ وَالْوَكَالَةُ في اللُّغَةِ تُذْكَرُ وَيُرَادُ بها الْحِفْظُ قال اللَّهُ عز وجل { وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ } أَيْ الْحَافِظُ وقال تَبَارَكَ وَتَعَالَى { لَا إلَهَ إلَّا هو فَاتَّخِذْهُ وَكِيلًا }
قال الْفَرَّاءُ أَيْ حَفِيظًا وَتُذْكَرُ وَيُرَادُ بها الِاعْتِمَادُ وَتَفْوِيضُ الْأَمْرِ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلْ الْمُتَوَكِّلُونَ } وقال اللَّهُ تَعَالَى عز وجل خَبَرًا عن سَيِّدِنَا هُودٍ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إنِّي تَوَكَّلْتُ على اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ } أَيْ اعْتَمَدْتُ على اللَّهِ وَفَوَّضْتُ أَمْرِي إلَيْهِ وفي الشَّرِيعَةِ يُسْتَعْمَلُ في هَذَيْنِ الْمَعْنَيَيْنِ أَيْضًا على تَقْرِيرِ الْوَضْعِ اللُّغَوِيِّ وهو تَفْوِيضُ التَّصَرُّفِ وَالْحِفْظِ إلَى الْوَكِيلِ وَلِهَذَا قال أَصْحَابُنَا إنَّ من قال لِآخَرَ وَكَّلْتُكَ في كَذَا أن يَكُونُ وَكِيلًا في الْحِفْظِ

لِأَنَّهُ أَدْنَى ما يَحْتَمِلُهُ اللَّفْظُ فَيُحْمَلُ عليه
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ رُكْنِ التَّوْكِيلِ فَهُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ فَالْإِيجَابُ من الْمُوَكِّلِ أَنْ يَقُولَ وَكَّلْتُكَ بِكَذَا أو افْعَلْ كَذَا أو أَذِنْتُ لك أَنْ تَفْعَلَ كَذَا وَنَحْوُهُ وَالْقَبُولُ من الْوَكِيلِ أَنْ يَقُولَ قَبِلْتُ وما يَجْرِي مَجْرَاهُ فما لم يُوجَدْ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ لَا يَتِمُّ الْعَقْدُ وَلِهَذَا لو وَكَّلَ إنْسَانًا بِقَبْضِ دَيْنِهِ فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ ثُمَّ ذَهَبَ الْوَكِيلُ فَقَبَضَهُ لم يَبْرَأْ الْغَرِيمُ لِأَنَّ تَمَامَ الْعَقْدِ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ قبل وُجُودِ الْآخَرِ كما في الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ ثُمَّ رُكْنُ التَّوْكِيلِ قد يَكُونُ مُطْلَقًا وقد يَكُونُ مُعَلَّقًا بِالشَّرْطِ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ إنْ قَدِمَ زَيْدٌ فَأَنْتَ وَكِيلِي في بَيْعِ هذا الْعَبْدِ وقد يَكُونُ مُضَافًا إلَى وَقْتٍ بِأَنْ يَقُولَ وَكَّلْتُكَ في بَيْعِ هذا الْعَبْدِ غَدًا وَيَصِيرُ وَكِيلًا في الْغَدِ فما بَعْدَهُ وَلَا يَكُونُ وَكِيلًا قبل الْغَدِ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ إطْلَاقُ التَّصَرُّفِ وَالْإِطْلَاقَاتُ مِمَّا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ وَالْإِضَافَةَ إلَى الْوَقْتِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَإِذْنِ الْعَبْدِ في التِّجَارَةِ وَالتَّمْلِيكَاتُ كَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْإِبْرَاءِ عن الدُّيُونِ وَالتَّقْيِيدَاتُ كَعَزْلِ الْوَكِيلِ وَالْحَجْرِ على الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَالرَّجْعَةُ وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يَحْتَمِلُ ذلك
فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُوَكِّلِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْوَكِيلِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُوَكَّلِ بِهِ أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُوَكِّلِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَمْلِكُ فِعْلَ ما وَكَّلَ بِهِ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ تَفْوِيضُ ما يَمْلِكُهُ من التَّصَرُّفِ إلَى غَيْرِهِ فما لَا يَمْلِكُهُ بِنَفْسِهِ كَيْفَ يَحْتَمِلُ التَّفْوِيضَ إلَى غَيْرِهِ فَلَا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ من الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ أَصْلًا لِأَنَّ الْعَقْلَ من شَرَائِطِ الْأَهْلِيَّةِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَا يَمْلِكَانِ التَّصَرُّفَ بِأَنْفُسِهِمَا وَكَذَا من الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ بِمَا لَا يَمْلِكُهُ بِنَفْسِهِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَنَحْوِهَا من التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ الْمَحْضَةِ وَيَصِحُّ بِالتَّصَرُّفَاتِ النَّافِذَةِ كَقَبُولِ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ من غَيْرِ إذْنِ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ مِمَّا يَمْلِكُهُ بِنَفْسِهِ بِدُونِ إذْنِ وَلِيِّهِ فيلك (((فيملك))) تَفْوِيضَهُ إلَى غَيْرِهِ بِالتَّوْكِيلِ وَأَمَّا التَّصَرُّفَاتُ الدَّائِرَةُ بين الضَّرَرِ وَالنَّفْعِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ فَإِنْ كان مَأْذُونًا له في التِّجَارَةِ يَصِحُّ منه التَّوْكِيلُ بها لِأَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِنَفْسِهِ وَإِنْ كان

مَحْجُورًا يَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا على إجَازَةِ وَلِيِّهِ وَعَلَى إذْنِ وَلِيِّهِ بِالتِّجَارَةِ أَيْضًا كما إذَا فَعَلَ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ في انْعِقَادِهِ فَائِدَةً لِوُجُودِ الْمُجِيزِ لِلْحَالِ وهو الْوَلِيُّ وَلَا يَصِحُّ من الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ وَيَصِحُّ من الْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ بِأَنْفُسِهِمَا فَيَمْلِكَانِ بِالتَّفْوِيضِ إلَى غَيْرِهِمَا بِخِلَافِ الْمَحْجُورِ

وَأَمَّا التَّوْكِيلُ من الْمُرْتَدِّ فَمَوْقُوفٌ أن أَسْلَمَ يَنْفُذْ وَإِنْ قُتِلَ أو مَاتَ على الرِّدَّةِ أو لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ يَبْطُلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ هو نَافِذٌ بِنَاءً على أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ مَوْقُوفَةٌ عِنْدَهُ لِوُقُوفِ أَمْلَاكِهِ وَعِنْدَهُمَا نَافِذَةٌ لِثُبُوتِ أَمْلَاكِهِ وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ من الْمُرْتَدَّةِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِهَا نَافِذَةٌ بِلَا خِلَافٍ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْوَكِيلِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا فَلَا تَصِحُّ وَكَالَةُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِمَا قُلْنَا

وَأَمَّا الْبُلُوغُ وَالْحُرِّيَّةُ فَلَيْسَا بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْوَكَالَةِ فَتَصِحُّ وَكَالَةُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ وَالْعَبْدِ مَأْذُونَيْنِ كَانَا أو مَحْجُورَيْنِ وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَكَالَةُ الصَّبِيِّ غَيْرُ صَحِيحَةٍ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكَلَّفٍ وَلَا تَصِحُّ وَكَالَةُ الْمَجْنُونِ

وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ لَمَّا خَطَبَ أُمَّ سَلَمَةَ قالت إنَّ أَوْلِيَائِي غُيَّبٌ يا رَسُولَ اللَّهِ فقال ليس فِيهِمْ من يَكْرَهُنِي ثُمَّ قال لِعمر (((لعمرو))) ابْنِ أُمِّ سَلَمَةَ قُمْ فَزَوِّجْ أُمَّكَ مِنِّي فَزَوَّجَهَا من رسول اللَّهِ وكان صَبِيًّا وَالِاعْتِبَارُ بِالْمَجْنُونِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْعَقْلَ شَرْطُ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ وقد انْعَدَمَ هُنَاكَ وَوُجِدَ هُنَا فَتَصِحُّ وَكَالَتُهُ كَالْبَالِغِ إلَّا أَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ من الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ تَرْجِعُ إلَى الْوَكِيلِ إذَا كان بَالِغًا وإذا كان صَبِيًّا تَرْجِعُ إلَى الْمُوَكِّلِ لِمَا ذكرنا (((نذكر))) في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَكَذَا رِدَّةُ الْوَكِيلِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَكَالَةِ فَتَجُوزُ وَكَالَةُ الْمُرْتَدِّ بِأَنْ وَكَّلَ مُسْلِمٌ مُرْتَدًّا لِأَنَّ وُقُوفَ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ لِوُقُوفِ مِلْكِهِ وَالْوَكِيلُ يَتَصَرَّفُ في مِلْكِ الْمُوَكِّلِ وأنه نَافِذُ التَّصَرُّفَاتِ وَكَذَا لو كان مُسْلِمًا وَقْتَ التَّوْكِيلِ ثُمَّ ارْتَدَّ فَهُوَ على وَكَالَتِهِ لِمَا قُلْنَا إلَّا أَنْ يَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَتَبْطُلُ وَكَالَتُهُ لِمَا نَذْكُرُ في مَوْضِعِهِ

وَأَمَّا عِلْمُ الْوَكِيلِ فَهَلْ هو شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْوَكَالَةِ لَا خِلَافَ في أَنَّ الْعِلْمَ بِالتَّوْكِيلِ في الْجُمْلَةِ شَرْطٌ أما عِلْمُ الْوَكِيلِ وأما عِلْمُ من يُعَامِلُهُ حتى أَنَّهُ لو وَكَّلَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ الْوَكِيلُ من رَجُلٍ قبل عِلْمِهِ وَعَلِمَ الرَّجُلُ بِالتَّوْكِيلِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ حتى

يُجِيزَهُ الْمُوَكِّلُ أو الْوَكِيلُ بَعْدَ عِلْمِهِ بِالْوَكَالَةِ لِأَنَّ حُكْمَ الْآمِرِ لَا يَلْزَمُ إلَّا بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْمَأْمُورِ بِهِ أو الْقُدْرَةِ على اكْتِسَابِ سَبَبِ الْعِلْمِ بِالْمَأْمُورِ بِهِ كما في أَوَامِرِ الشَّرْعِ

وَأَمَّا عِلْمُ الْوَكِيلِ على التَّعْيِينِ بِالتَّوْكِيلِ فَهَلْ هو شَرْطٌ ذُكِرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ شَرْطٌ وَذُكِرَ في الْوَكَالَةِ أَنَّهُ لَيس بِشَرْطٍ فإنه قال إذَا قال الْمُوَكِّلُ لِرَجُلٍ اذْهَبْ بِعَبْدِي هذا إلَى فُلَانٍ فَيَبِيعُهُ فُلَانٌ مِنْكَ فَذَهَبَ الرَّجُلُ بِالْعَبْدِ إلَيْهِ وَأَخْبَرَهُ أَنَّ صَاحِبَ الْعَبْدِ أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ منه فَاشْتَرَاهُ منه صَحَّ شِرَاؤُهُ وَإِنْ لم يُخْبِرْهُ بِذَلِكَ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في كِتَابِ الْوَكَالَةِ وَجَعَلَ عِلْمَ الْمُشْتَرِي بِالتَّوْكِيلِ

كَعِلْمِ الْبَائِعِ الْوَكِيلَ
وَذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ في الصَّبِيِّ الْمَأْذُونِ
وَذَكَرَ في الْمَأْذُونِ الْكَبِيرِ ما يَدُلُّ على جَوَازِ البيع (((البيع))) فإنه قال إذَا قال الْمَوْلَى لِقَوْمٍ بَايِعُوا عَبْدِي فَإِنِّي قد أَذِنْتُ له في التِّجَارَةِ فَبَايَعُوهُ جَازَ وَإِنْ لم يَعْلَمْ الْعَبْدُ بِإِذْنِ الْمَوْلَى لهم بِالْمُبَايَعَةِ وَلَيْسَ التَّوْكِيلُ كَالْوِصَايَةِ فإن من أَوْصَى إلَى رَجُلٍ غَائِبٍ أَيْ جَعَلَهُ وَصِيًّا بَعْدَ مَوْتِهِ ثُمَّ مَاتَ الْمُوصِي ثُمَّ أن الْوَصِيَّ بَاعَ شيئا من تَرِكَةِ الْمَيِّتِ قبل عِلْمِهِ بِالْوِصَايَةِ وَالْمَوْتِ فإن بَيْعَهُ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا وَيَكُونُ ذلك قَبُولًا منه لِلْوِصَايَةِ حتى لَا يَمْلِكَ إخْرَاجَ نَفْسِهِ منها وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْوَصِيَّ خَلَفٌ عن الْمُوصِي قَائِمٌ مَقَامَهُ كَالْوَارِثِ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوَرِّثِ
وَلَوْ بَاعَ الْوَارِثُ تَرِكَةَ الْمَيِّتِ بَعْدَ مَوْتِهِ وهو لَا يَعْلَمُ مَوْتَهُ جَازَ بَيْعُهُ فَكَذَا الْوَصِيُّ بِخِلَافِ التَّوْكِيلِ لِأَنَّهُ أَمْرٌ من الْمُوَكِّلِ وَحُكْمُ الْأَمْرِ لَا يَلْزَمُ إلَّا بَعْدَ الْعِلْمِ أو سَبَبِهِ على ما مَرَّ فإذا ثَبَتَ أَنَّ الْعِلْمَ بِالتَّوْكِيلِ شَرْطٌ فَإِنْ كان التَّوْكِيلُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكِّلِ أو كَتَبَ الْمُوَكِّلُ بِذَلِكَ كِتَابًا إلَيْهِ فَبَلَغَهُ وَعَلِمَ ما فيه أو أَرْسَلَ إلَيْهِ رَسُولًا فَبَلَّغَ الرِّسَالَةَ أو أخبره بِالتَّوْكِيلِ رَجُلَانِ أو رَجُلٌ وَاحِدٌ عَدْلٌ صَارَ وَكِيلًا بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ أخبره بِذَلِكَ رَجُلٌ وَاحِدٌ غَيْرُ عَدْلٍ فَإِنْ صَدَّقَهُ صَارَ وَكِيلًا أَيْضًا وَإِنْ لم يُصَدِّقْهُ يبغي (((ينبغي))) أَنْ يَكُونَ على الِاخْتِلَافِ في الْعَدْلِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا يَكُونُ وَكِيلًا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَكُونُ وَكِيلًا كما في الْعَزْلِ على ما نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُوَكَّلِ فإنه يَرْجِعُ إلَى بَيَانِ ما يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِهِ وما لَا يَجُوزُ وَالْجُمْلَةُ فيه أَنَّ التَّوْكِيلَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ بِحُقُوقِ اللَّهِ عز وجل وَهِيَ الْحُدُودُ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِحُقُوقِ الْعِبَادِ وَالتَّوْكِيلُ بِحُقُوقِ اللَّهِ عز وجل نَوْعَانِ أَحَدُهُمَا بِالْإِثْبَاتِ
وَالثَّانِي بِالِاسْتِيفَاءِ
أَمَّا التَّوْكِيلُ بِإِثْبَاتِ الْحُدُودِ فَإِنْ كان حَدًّا لَا يُحْتَاجُ فيه إلَى الْخُصُومَةِ كَحَدِّ الزِّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ فَلَا يَتَقَدَّرُ التَّوْكِيلُ فيه بِالْإِثْبَاتِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ عِنْدَ الْقَاضِي بِالْبَيِّنَةِ أو الْإِقْرَارِ من غَيْرِ خُصُومَةٍ
وَإِنْ كان مِمَّا يُحْتَاجُ فيه إلَى الْخُصُومَةِ كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَحَدِّ الْقَذْفِ فَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِإِثْبَاتِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ وَلَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ فِيهِمَا إلَّا من الْمُوَكِّلِ وَكَذَلِكَ الْوَكِيلُ بِإِثْبَاتِ الْقِصَاصِ على هذا الْخِلَافِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّهُ كما يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فيه بِالِاسْتِيفَاءِ فَكَذَا بِالْإِثْبَاتِ لِأَنَّ الْإِثْبَاتَ وَسِيلَةٌ إلَى الِاسْتِيفَاءِ وَلَهُمَا الْفَرْقُ بين الْإِثْبَاتِ وَالِاسْتِيفَاءِ وهو إن امْتِنَاعَ التَّوْكِيلِ في الِاسْتِيفَاءِ لِمَكَانِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ مُنْعَدِمَةٌ في التَّوْكِيلِ بِالْإِثْبَاتِ

وَأَمَّا التَّوْكِيلُ بِاسْتِيفَاءِ حَدِّ الْقَذْفِ وَالسَّرِقَةِ فَإِنْ كان الْمَقْذُوفُ وَالْمَسْرُوقُ منه حَاضِرًا وَقْتَ الِاسْتِيفَاءِ جَازَ لِأَنَّ وِلَايَةَ الِاسْتِيفَاءِ إلَى الأمام وَأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على أَنْ يَتَوَلَّى الِاسْتِيفَاءَ بِنَفْسِهِ على كل حَالٍ
وَإِنْ كان غَائِبًا اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ يَجُوزُ لِأَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ لِاحْتِمَالِ الْعَفْوِ وَالصُّلْحِ وَأَنَّهُ لايحتملهما
وقال بَعْضُهُمْ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ إنْ كان لَا يَحْتَمِلُ الْعَفْوَ وَالصُّلْحَ فَيَحْتَمِلُ الْإِقْرَارَ وَالتَّصْدِيقَ وَهَذَا عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِاسْتِيفَاءِ حَدِّ الْقَذْفِ كيف ما كان وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ هذا حَقُّهُ فَكَانَ بِسَبِيلٍ من اسْتِيفَائِهِ بِنَفْسِهِ وَبِنَائِبِهِ كما في سَائِرِ الْحُقُوقِ

وَلَنَا الْفَرْقُ على قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايِخِ وهو ما ذَكَرْنَا أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ لو كان حاضر (((حاضرا))) الصدق (((لصدق))) الرَّامِيَ فِيمَا رَمَاهُ أو يَتْرُكُ الْخُصُومَةَ فَلَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ الْحَدِّ مع الشُّبْهَةِ وَالشُّبْهَةُ لَا تَمْنَعُ من اسْتِيفَاءِ سَائِرِ الْحُقُوقِ
وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالتَّعْزِيرِ إثْبَاتًا وَاسْتِيفَاءً بِالِاتِّفَاقِ وَلِلْوَكِيلِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ سَوَاءٌ كان الْمُوَكِّلُ غَائِبًا أو حَاضِرًا لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ وَلَا يَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ والاختصاص (((والقصاص))) وَلِهَذَا ثَبَتَ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْحُقُوقِ بِخِلَافِ الْحَدِّ وَالْقِصَاصِ
وَأَمَّا التَّوْكِيلُ بِاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ فَإِنْ كان الْمُوَكِّلُ وهو الْمَوْلَى حَاضِرًا جَازَ لِأَنَّهُ قد لَا يَقْدِرُ على الِاسْتِيفَاءِ بِنَفْسِهِ فَيَحْتَاجُ إلَى التَّوْكِيلِ وَإِنْ كان غَائِبًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ احْتِمَالَ الْعَفْوِ قَائِمٌ لِجَوَازِ أَنَّهُ لو كان حَاضِرًا

لَعَفَا فَلَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ مع قِيَامِ الشُّبْهَةِ وَهَذَا الْمَعْنَى مُنْعَدِمٌ حَالَةَ الْحَضْرَةِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ وَإِنْ كان غَائِبًا وَالْكَلَامُ في الطَّرَفَيْنِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في حَدِّ الْقَذْفِ
وَأَمَّا التَّوْكِيلُ بِحُقُوقِ الْعِبَادِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ حُقُوقُ الْعِبَادِ على نَوْعَيْنِ نَوْعٌ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهُ مع الشُّبْهَةِ كَالْقِصَاصِ وقد مَرَّ حُكْمُ التَّوْكِيلِ بِإِثْبَاتِهِ وباستيفائه (((واستيفائه))) وَنَوْعٌ يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهُ وَأَخْذُهُ مع الشُّبْهَةِ كَالدُّيُونِ وَالْإِعْتَاقِ وَسَائِرِ الْحُقُوقِ سِوَى الْقِصَاصِ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ في إثْبَاتِ الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ وَسَائِرِ الْحُقُوقِ بِرِضَا الْخَصْمِ حتى يَلْزَمَ الْخَصْمَ جَوَابُ التَّوْكِيلِ
وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن عبد اللَّهِ بن جَعْفَرٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّ سَيِّدَنَا عَلِيًّا رضي اللَّهُ عنه كان لَا يَحْضُرُ الْخُصُومَةَ وكان يقول إنَّ لها لَحْمًا يَحْضُرُهَا الشَّيَاطِينُ فَجَعَلَ الْخُصُومَةَ إلَى عَقِيلٍ رضي اللَّهُ عنه فلما كَبِرَ وَرَقَّ حَوَّلَهَا إلَيَّ وكان عَلِيٌّ يقول ما قضى لِوَكِيلِي فَلِيَ وما قضى على وَكِيلِي فَعَلَيَّ وَمَعْلُومٌ أَنَّ سَيِّدَنَا عَلِيًّا رضي اللَّهُ عنه لم يَكُنْ مِمَّنْ لَا يَرْضَى أَحَدٌ بِتَوْكِيلِهِ فَكَانَ تَوْكِيلُهُ بِرِضَا الْخَصْمِ فَدَلَّ على الْجَوَازِ بِرِضَا الْخَصْمِ وَاخْتُلِفَ في جَوَازِهِ بِغَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ
قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ لَا يَجُوزُ من غَيْرِ عُذْرِ الْمَرَضِ وَالسَّفَرِ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَجُوزُ في الْأَحْوَالِ كُلِّهَا وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَذَكَرَ الْجَصَّاصُ أَنَّهُ لَا فَصْلَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بين الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ وَالْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ لَكِنَّ الْمُتَأَخِّرِينَ من أَصْحَابِنَا اسْتَحْسَنُوا في الْمَرْأَةِ إذَا كانت مُخَدَّرَةً غير بَرِيزَةٍ فَجَوَّزُوا تَوْكِيلَهَا وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ في مَوْضِعِهِ
وقال ابن أبي لَيْلَى لَا يَجُوزُ إلَّا تَوْكِيلُ الْبِكْرِ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِمَا يُذْكَرُ
وَجْهُ قَوْلِهِمْ إن التَّوْكِيلَ بِالْخُصُومَةِ صَادَفَ حَقَّ الْمُوَكِّلِ فَلَا يَقِفُ على رِضَا الْخَصْمِ كَالتَّوْكِيلِ بِاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ وَدَلَالَةُ ذلك أَنَّ الدَّعْوَى حَقُّ الْمُدَّعِي وَالْإِنْكَارُ حَقُّ المدعي عليه فَقَدْ صَادَفَ التَّوْكِيلُ من الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عليه حَقَّ نَفْسِهِ فَلَا يَقِفُ على رِضَا خَصْمِهِ كما لو كان خَاصَمَهُ بِنَفْسِهِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ

أَنَّ الْحَقَّ هو الدَّعْوَى الصَّادِقَةُ وَالْإِنْكَارُ الصَّادِقُ وَدَعْوَى الْمُدَّعِي خَبَرٌ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ وَالسَّهْوَ وَالْغَلَطَ وَكَذَا إنْكَارُ الْمُدَّعَى عليه فَلَا يَزْدَادُ الِاحْتِمَالُ في خَبَرِهِ بِمُعَارَضَةِ خَبَرِ الْمُدَّعِي فلم يَكُنْ كُلُّ ذلك حَقًّا فَكَانَ الْأَصْلُ أَنْ لَا يَلْزَمَ بِهِ جَوَابٌ إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَلْزَمَ الْجَوَابَ لِضَرُورَةِ فَصْلِ الْخُصُومَاتِ وَقَطْعِ الْمُنَازَعَاتِ الْمُؤَدِّيَةِ إلَى الْفَسَادِ وَإِحْيَاءِ الْحُقُوقِ الْمَيِّتَةِ وَحَقُّ الضَّرُورَةِ يَصِيرُ مَقْضِيًّا بِجَوَابِ الْمُوَكِّلِ فَلَا تَلْزَمُ الْخُصُومَةُ عن جَوَابِ الْوَكِيلِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ مع ما أَنَّ الناس في الْخُصُومَاتِ على التَّفَاوُتِ بَعْضُهُمْ أَشَدُّ خُصُومَةً من الْآخَرِ فَرُبَّمَا يَكُونُ الْوَكِيلُ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ فَيَعْجِزُ من يُخَاصِمُهُ عن إحْيَاءِ حَقِّهِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ فَيُشْرَطُ رِضَا الْخَصْمِ لِيَكُونَ لُزُومُ الضَّرَرِ مُضَافًا إلَى الْتِزَامِهِ

وإذا كان الْمُوَكِّلُ مَرِيضًا أو مُسَافِرًا فَهُوَ عَاجِزٌ عن الدَّعْوَى وَعَنْ الْجَوَابِ بِنَفْسِهِ فَلَوْ لم يَمْلِكْ النَّقْلَ إلَى غَيْرِهِ بِالتَّوْكِيلِ لَضَاعَتْ الْحُقُوقُ وَهَلَكَتْ وَهَذَا لَا يَجُوزُ

وَكَذَلِكَ إذَا كانت الْمَرْأَةُ مُخَدَّرَةً مَسْتُورَةً لِأَنَّهَا تستحي (((تستحيي))) عن الْحُضُورِ لِمَحَافِلِ الرِّجَالِ وَعَنْ الْجَوَابِ بَعْدَ الْخُصُومَةِ بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا فَيَضِيعُ حَقُّهَا

وَأَمَّا في مَسْأَلَتِنَا فَلَا ضَرُورَةَ

وَلَوْ وَكَّلَ بِالْخُصُومَةِ وَاسْتَثْنَى الْإِقْرَارَ وَتَزْكِيَةَ الشُّهُودِ في عَقْدِ التَّوْكِيلِ بِكَلَامٍ مُنْفَصِلٍ جَازَ وَيَصِيرُ وَكِيلًا بِالْإِنْكَارِ سَوَاءٌ كان التَّوْكِيلُ من الطَّالِبِ أو من الْمَطْلُوبِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إذَا وَكَّلَ الطَّالِبُ وَاسْتَثْنَى الْإِقْرَارَ يَجُوزُ وَإِنْ وَكَّلَ الْمَطْلُوبُ لَا يَجُوزُ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ الْإِقْرَارِ في عَقْدِ التَّوْكِيلِ إنَّمَا جَازَ لِحَاجَةِ الْمُوَكِّلِ إلَيْهِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْخُصُومَةِ يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ على مُوَكِّلِهِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ

وَلَوْ أَطْلَقَ التَّوْكِيلَ من غَيْرِ اسْتِثْنَاءٍ لَتَضَرَّرَ بِهِ الْمُوَكِّلُ

وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين التَّوْكِيلِ من الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْتَاجُ إلَى التَّوْكِيلِ بِالْخُصُومَةِ

هذا إذَا وَكَّلَ بِالْخُصُومَةِ وَاسْتَثْنَى الْإِقْرَارَ في الْعَقْدِ فَأَمَّا إذَا وَكَّلَ مُطْلَقًا ثُمَّ اسْتَثْنَى الْإِقْرَارَ في كَلَامٍ مُنْفَصِلٍ يَصِحُّ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَصِحُّ وَأَمَّا التَّوْكِيلُ بِالْإِقْرَارِ فذكر في الْأَصْلِ إنه يَجُوزُ وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ من الْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكِ شَرِكَةَ الْعِنَانِ وَالْمُفَاوَضَةِ وَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ الْخُصُومَةَ بِأَنْفُسِهِمْ فَيَمْلِكُونَ تَفْوِيضَهَا إلَى غَيْرِهِمْ بِالتَّوْكِيلِ وَيَجُوزُ من الذِّمِّيِّ كما يَجُوزُ من الْمُسْلِمِ لِأَنَّ حُقُوقَهُمْ مَصُونَةٌ مَرْعِيَّةٌ عن الضَّيَاعِ كَحُقُوقِنَا وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ قد لَا يَقْدِرُ على الِاسْتِيفَاءِ بِنَفْسِهِ فَيَحْتَاجُ

إلَى التَّفْوِيضِ إلَى غَيْرِهِ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ إلَّا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِقَبْضِ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَبَدَلِ الصَّرْفِ إنَّمَا يَجُوزُ في الْمَجْلِسِ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ إنَّمَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ فيه لَا في غَيْرِهِ

وإذا قَبَضَ الدَّيْنَ من الْغَرِيمِ بريء الْغَرِيمُ لِأَنَّ الْقَبْضَ الصَّحِيحَ يُوجِبُ الْبَرَاءَةَ

وَتَجُوزُ الوكابة (((الوكالة))) بِقَضَاءِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْقَضَاءَ بِنَفْسِهِ وقد لَا يَتَهَيَّأُ له الْقَضَاءُ بِنَفْسِهِ فَيَحْتَاجُ إلَى التَّفْوِيضِ إلَى غَيْرِهِ سَوَاءٌ كان الْمُوَكِّلُ حُرًّا أو عَبْدًا مَأْذُونًا أو مُكَاتَبًا لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ الْقَضَاءَ بِأَنْفُسِهِمَا فَيَمْلِكَانِ التَّفْوِيضَ إلَى غَيْرِهِمَا أَيْضًا وَيَجُوزُ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ وَبِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَبِالْقِسْمَةِ لِأَنَّ هذه حُقُوقٌ يَتَوَلَّاهَا الْمَرْءُ بِنَفْسِهِ فَيَمْلِكُ تَوْلِيَتَهَا غَيْرَهُ

وَيَجُوزُ بِالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ وَالْكِتَابَةِ وَالْإِعْتَاقِ على مَالٍ وَالصُّلْحِ على إنْكَارٍ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ هذه التَّصَرُّفَاتِ بِنَفْسِهِ فَيَمْلِكُ تَفْوِيضَهَا إلَى غَيْرِهِ

وَتَجُوزُ الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالْإِعَارَةُ وَالْإِيدَاعُ وَالرَّهْنُ وَالِاسْتِعَارَةُ وَالِاسْتِيهَابُ وَالِارْتِهَانُ لِمَا قُلْنَا

وَيَجُوزُ بِالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ لِمَا قُلْنَا وَيَجُوزُ بِالْإِقْرَاضِ وَالِاسْتِقْرَاضِ إلَّا أَنَّ في التَّوْكِيلِ بِالِاسْتِقْرَاضِ لَا يَمْلِكُ الْمُوَكِّلُ ما اسْتَقْرَضَهُ الْوَكِيلُ إلَّا إذَا بَلَغَ على وَجْهِ الرِّسَالَةِ بِأَنْ يَقُولَ أَرْسَلَنِي فُلَانٌ إلَيْكَ لِيَسْتَقْرِضَ كَذَا

وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالصُّلْحِ وَبِالْإِبْرَاءِ وَيَجُوزُ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْإِجَارَةِ وَالِاسْتِئْجَارِ لِمَا قُلْنَا

وَيَجُوزُ بِالسَّلَمِ وَالصَّرْفِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهُمَا بِنَفْسِهِ فَيَمْلِكُ تَفْوِيضَهُمَا إلَى غَيْرِهِ إلَّا أَنَّ قَبْضَ الْبَدَلِ في الْمَجْلِسِ شَرْطُ بَقَاءِ الْعَقْدِ على الصِّحَّةِ وَالْعِبْرَةُ لِبَقَاءِ الْعَاقِدَيْنِ وَافْتِرَاقِهِمَا لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ رَاجِعَةٌ إلَيْهِمَا لِمَا نَذْكُرُ فإذا تَقَابَضَ الْوَكِيلَانِ في الْمَجْلِسِ فَقَدْ وُجِدَ الْقَبْضُ الْمُسْتَحَقُّ قبل الِافْتِرَاقِ فَيَبْقَى الْعَقْدُ على الصِّحَّةِ بِخِلَافِ الرَّسُولَيْنِ إذَا تَقَابَضَا في الْمَجْلِسِ ثُمَّ افْتَرَقَا أَنَّهُ يَبْطُلُ الْعَقْدُ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ لَا تَرْجِعُ إلَى الرَّسُولِ فَلَا يَقَعُ قَبْضُهُمَا عن الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ فإذا افْتَرَقَا فَقَدْ حَصَلَ الِافْتِرَاقُ لَا عن قَبْضٍ فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ بِخِلَافِ الْوَكِيلَيْنِ على ما مَرَّ وَلَا تُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ الْمُوَكِّلِ لِأَنَّ الْحُقُوقَ لَا تَرْجِعُ إلَيْهِ بَلْ هو أَجْنَبِيٌّ عنها فَبَقَاؤُهُ وَافْتِرَاقُهُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ

وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لِأَنَّهُمَا مِمَّا يَمْلِكُ الْمُوَكِّلُ مُبَاشَرَتَهُمَا بِنَفْسِهِ فَيَمْلِكُ التَّفْوِيضَ إلَى غَيْرِهِ إلَّا أَنَّ لِجَوَازِ التَّوْكِيلِ بِالشِّرَاءِ شرط (((شرطا))) وهو الْخُلُوُّ عن الْجَهَالَةِ الْكَثِيرَةِ في أَحَدِ نَوْعَيْ الْوَكَالَةِ دُونَ النَّوْعِ الْآخَرِ وَبَيَانُ ذلك أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالشِّرَاءِ نَوْعَانِ عَامٌّ وَخَاصٌّ فَالْعَامُّ أَنْ يَقُولَ له اشْتَرِ لي ما شِئْتَ أو ما رَأَيْتَ أو أَيَّ ثَوْبٍ شِئْتَ أو أَيَّ دَارٍ شِئْتَ أو ما تَيَسَّرَ لك من الثِّيَابِ وَمِنْ الدَّوَابِّ وَيَصِحُّ مع الْجَهَالَةِ الْفَاحِشَةِ من غَيْرِ بَيَانِ النَّوْعِ وَالصِّفَةِ وَالثَّمَنِ لِأَنَّهُ فَوَّضَ الرَّأْيَ إلَيْهِ فَيَصِحُّ مع الْجَهَالَةِ الْفَاحِشَةِ كَالْبِضَاعَةِ وَالْمُضَارَبَةِ وَالْخَاصُّ أَنْ يَقُولَ اشْتَرِ لي ثَوْبًا أو حَيَوَانًا أو دَابَّةً أو جَوْهَرًا أو عَبْدًا أو جَارِيَةً أو فَرَسًا أو بَغْلًا أو حِمَارًا أو شَاةً

وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ الْجَهَالَةَ إنْ كانت كَثِيرَةً تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّوْكِيلِ وَإِنْ كانت قَلِيلَةً لَا تَمْنَعُ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ يُمْنَعَ قَلِيلُهَا وَكَثِيرُهَا وَلَا يَجُوزُ إلَّا بَعْدَ بَيَانِ النَّوْعِ وَالصِّفَةِ وَمِقْدَارِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ لَا يَصِحَّانِ مع الْجَهَالَةِ الْيَسِيرَةِ فَلَا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ بِهِمَا أَيْضًا

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ ما روى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ دَفَعَ دِينَارًا إلَى حَكِيمِ بن حِزَامٍ لِيَشْتَرِيَ له بِهِ أُضْحِيَّةً وَلَوْ كانت الْجَهَالَةُ الْقَلِيلَةُ مَانِعَةً من صِحَّةِ التَّوْكِيلِ بِالشِّرَاءِ لَمَا فَعَلَهُ رسول اللَّهِ لِأَنَّ جَهَالَةَ الصِّفَةِ لَا تَرْتَفِعُ بِذِكْرِ الْأُضْحِيَّةِ وَبِقَدْرِ الثَّمَنِ وَلِأَنَّ الْجَهَالَةَ الْقَلِيلَةَ في بَابِ الْوَكَالَةِ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ مَبْنَى التَّوْكِيلِ على الْفُسْحَةِ وَالْمُسَامَحَةِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْمُنَازَعَةُ فيه عِنْدَ قِلَّةِ الْجَهَالَةِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ مَبْنَاهُ على الْمُضَايَقَةِ وَالْمُمَاكَسَةِ لِكَوْنِهِ معاونة (((معاوضة))) الْمَالِ بِالْمَالِ فَالْجَهَالَةُ فيه وَإِنْ قَلَّتْ تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ فَتُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ فَهُوَ الْفَرْقُ

وإذا ثَبَتَ أَنَّ الْجَهَالَةَ الْقَلِيلَةَ غَيْرُ مَانِعَةٍ فَفِي كل مَوْضِعٍ قَلَّتْ الْجَهَالَةُ صَحَّ التَّوْكِيلُ بِالشِّرَاءِ وَإِلَّا فَلَا ينظر (((فينظر))) إنْ كان اسْمُ ما وَقَعَ التَّوْكِيلُ بِشِرَائِهِ مِمَّا يَقَعُ على أَنْوَاعٍ مُخْتَلِفَةٍ لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِهِ إلَّا بَعْدَ بَيَانِ النَّوْعِ وَذَلِكَ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ اشْتَرِ لي ثَوْبًا لِأَنَّ اسْمَ الثَّوْبِ يَقَعُ على أَنْوَاعٍ مُخْتَلِفَةٍ من ثَوْبِ الْإِبْرَيْسَمِ وَالْقُطْنِ وَالْكَتَّانِ وغيرهما (((وغيرهم))) فَكَانَتْ الْجَهَالَةُ كَثِيرَةً فَمَنَعَتْ صِحَّةَ التَّوْكِيلِ فَلَا يَصِحُّ وَإِنْ سَمَّى الثَّمَنَ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ بَعْدَ بَيَانِ الثَّمَنِ مُتَفَاحِشَةٌ فَلَا تَقِلُّ إلَّا بِذِكْرِ النَّوْعِ بِأَنْ يَقُولَ اشْتَرِ لي ثَوْبًا هَرَوِيًّا فَإِنْ سَكَتَ عنه كَثُرَتْ الْجَهَالَةُ فلم يَصِحَّ التَّوْكِيلُ
وَكَذَا إذَا قال اشْتَرِ لي حَيَوَانًا أو قال اشْتَرِ لي دَابَّةً أو أَرْضًا أو مَمْلُوكًا أو جَوْهَرًا أو حُبُوبًا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ منها اسْمُ جِنْسٍ يَدْخُلُ تَحْتَهُ أَنْوَاعٌ مُخْتَلِفَةٌ فَلَا بُدَّ من ذِكْرِ النَّوْعِ بِأَنْ يَقُولَ ثَوْبًا هَرَوِيًّا فإذا سَكَتَ عنه كَثُرَتْ الْجَهَالَةُ فلم يَصِحَّ التَّوْكِيلُ
وَكَذَا إذَا قال

اشْتَرِ لي دَارًا لَا يَصِحُّ لِأَنَّ بين الدَّارِ وَالدَّارِ تَفَاوُتًا فَاحِشًا فَإِنْ عَيَّنَ الدَّارَ يَجُوزُ وَإِنْ لم يُعَيِّنْ وَلَكِنَّهُ بَيَّنَ الثَّمَنَ جَازَ أَيْضًا وَيَقَعُ على دُورِ الْمِصْرِ الذي وَقَّعَ فيه الْوَكِيلُ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ تَقِلُّ بَعْدَ بَيَانِ الثَّمَنِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ بَعْدَ بَيَانِ الثَّمَنِ حق (((حتى))) يُعَيِّنَ مِصْرًا من الْأَمْصَارِ وَلَوْ قال اشْتَرِ لي دَارًا في مَوْضِعِ كَذَا أو حَبَّةَ لُؤْلُؤٍ أو يَاقُوتٍ أَحْمَرَ ولم يُسَمِّ الثَّمَنَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ مُتَفَاحِشٌ وَالصِّفَةَ لَا تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِحَالِ الْمُوَكِّلِ فَلَا بُدَّ من بَيَانِ الثَّمَنِ وَإِنْ كان اسْمُ ما وَقَعَ التَّوْكِيلُ بِشِرَائِهِ لَا يَقَعُ إلَّا على نَوْعٍ وَاحِدٍ يكتفي فيه بِذِكْرِ أَحَدِ أَمْرَيْنِ إمَّا الصِّفَةُ بِأَنْ قال اشْتَرِ لي عَبْدًا تُرْكِيًّا أو مِقْدَارُ الثَّمَنِ بِأَنْ قال اشْتَرِ لي عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ تَقِلُّ بِذِكْرِ أَحَدِهِمَا وَبِحَالِ الْمُوَكِّلِ لِأَنَّ الصِّفَةَ تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِذِكْرِ الثَّمَنِ وَإِنْ لم يَذْكُرْهَا وإذا ذَكَرَ الصِّفَةَ يَصِيرُ الثَّمَنُ مَعْلُومًا بِحَالِ الْآمِرِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ أَمْثَالُهُ عَادَةً حتى إنَّهُ لو خَرَجَ الْمُشْتَرِي عن عَادَةِ أَمْثَالِهِ لَا يَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ كَذَا رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ فِيمَنْ قال اشْتَرِ لي خَادِمًا من جِنْسِ كَذَا إن ذلك يَقَعُ على ما يَتَعَامَلُهُ الناس من ذلك الْجِنْسِ فَإِنْ كان الثَّمَنُ كَثِيرًا لَا يَتَعَامَلُ الناس بِهِ لم يَجُزْ على الْآمِرِ
وَكَذَا الْبَدَوِيُّ إذَا قال اشْتَرِ لي خَادِمًا حَبَشِيًّا فَهُوَ على ما يَعْتَادُهُ أَهْلُ الْبَادِيَةِ وَهَذَا كُلُّهُ اعْتِبَارُ حَالِ الْمُوَكِّلِ
فَإِنْ لم يذكر أَحَدَهُمَا أَصْلًا فَالْوَكَالَةُ بَاطِلَةٌ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فَحُشَتْ بِتَرْكِ ذَكَرِهِمَا جميعا فَمَنَعَتْ صِحَّةَ الْوَكَالَةِ
وَلَوْ قال اشْتَرِ لي حِمَارًا أو بَغْلًا أو فَرَسًا أو بَعِيرًا ولم يذكر له صِفَةً وَلَا ثَمَنًا قالوا إنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّ النَّوْعَ صَارَ مَعْلُومًا بِذِكْرِ الْحِمَارِ وَالْبَغْلِ وَالْفَرَسِ وَالْبَعِيرِ وَالصِّفَةُ تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِحَالِ الْمُوَكِّلِ وَكَذَا الثَّمَنُ فَيُنْظَرُ إنْ اشترا (((اشترى))) حِمَارًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ أو بِأَقَلَّ أو بِأَكْثَرَ قَدْرَ ما يَتَغَابَنُ الناس في مِثْلِهِ جَازَ على الْمُوَكِّلِ إذَا كان الْحِمَارُ مِمَّا يشترى مثله الْمُوَكِّلُ وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَشْتَرِي مثله الْمُوَكِّلُ لَا يَجُوزُ على الْمُوَكِّلِ وَيَلْزَمُ الْوَكِيلَ وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ نَحْوُ

أَنْ يَكُونَ الْمُوَكِّلُ مُكَارِيًا فَاشْتَرَى الْوَكِيلُ حِمَارًا مِصْرِيًّا يَصْلُحُ لِلرُّكُوبِ لِأَنَّ مثله يَشْتَرِي الْحِمَارَ لِلْعَمَلِ وَالْحَمْلِ لَا لِلرُّكُوبِ
وَلَوْ قال اشْتَرِ لي شَاةً أو بَقَرَةً ولم يذكر صِفَةً وَلَا ثَمَنًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الشَّاةَ وَالْبَقَرَةَ لَا تَصِيرُ مَعْلُومَةَ الصِّفَةِ بِحَالِ الْمُوَكِّلِ وَلَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مَعْلُومًا لِمَا بَيَّنَّا
وَلَوْ قال اشْتَرِ لي حِنْطَةً لَا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ ما لم يذكر أَحَدَ شَيْئَيْنِ إمَّا قَدْرُ الثَّمَنِ وَإِمَّا قَدْرُ الْمُثَمَّنِ وهو الْمَكِيلُ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ لَا تَقِلُّ إلَّا بِذِكْرِ أَحَدِهِمَا وَعَلَى هذا جَمِيعُ الْمُقَدَّرَاتِ من الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَلَوْ وَكَّلَهُ لِيَشْتَرِيَ له طَيْلَسَانًا لَا يَصِحُّ إلَّا بَعْدَ بَيَانِ الثَّمَنِ وَالنَّوْعِ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ لَا تَقِلُّ إلَّا بَعْدَ بَيَانِ أَحَدِهِمَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ التَّوْكِيلِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ حُكْمُ التَّوْكِيلِ صَيْرُورَةُ الْمُضَافِ إلَيْهِ وَكِيلًا لِأَنَّ التَّوْكِيلَ إثْبَاتُ الْوَكَالَةِ وَلِلْوَكَالَةِ أَحْكَامٌ
منها ثُبُوتُ وِلَايَةِ التَّصَرُّفِ الذي تَنَاوَلَهُ التَّوْكِيلُ فَيُحْتَاجُ إلَى بَيَانِ ما يَمْلِكُهُ الْوَكِيلُ من التَّصَرُّفِ بِمُوجَبِ التَّوْكِيلِ بَعْدَ صِحَّتِهِ وما لَا يَمْلِكُهُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ على مُوَكِّلِهِ في الْجُمْلَةِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وقال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَمْلِكُ وَالْأَبُ وَالْوَصِيُّ وَأَمِينُ الْقَاضِي لَا يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ على الصَّغِيرِ بِالْإِجْمَاعِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالْمُنَازَعَةِ وَالْإِقْرَارُ مُسَالَمَةٌ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ فَلَا يَمْلِكُهُ الْوَكِيلُ
وَلَنَا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالْجَوَابِ الذي هو حَقٌّ عِنْدَ اللَّهِ عز وجل وقد يَكُونُ ذلك إنْكَارًا وقد يَكُونُ إقْرَارًا فإذا أَقَرَّ على مُوَكِّلِهِ دَلَّ أَنَّ الْحَقَّ هو الْإِقْرَارُ فَيَنْفُذُ على الْمُوَكِّلِ كما إذَا أَقَرَّ على مُوَكِّلِهِ وَصَدَّقَهُ الْمُوَكِّلُ ثُمَّ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا الثَّلَاثَةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ يَصِحُّ إقْرَارُهُ في مَجْلِسِ الْقَاضِي لَا في غَيْرِهِ وقال أبو يُوسُفَ يَصِحُّ فيه وفي غَيْرِهِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ التَّوْكِيلَ تَفْوِيضُ ما يَمْلِكُهُ الْمُوَكِّلُ إلَى غَيْرِهِ وَإِقْرَارُ الْمُوَكِّلِ لَا تَقِفُ صِحَّتُهُ على مَجْلِسِ الْقَاضِي فَكَذَا إقْرَارُ الْوَكِيلِ
وَلَهُمَا أَنَّهُ فَوَّضَ الْأَمْرَ إلَيْهِ لَكِنْ في مَجْلِسِ الْقَاضِي لِأَنَّ التَّوْكِيلَ بِالْخُصُومَةِ أو بِجَوَابِ الْخُصُومَةِ وَكُلُّ ذلك يَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَاضِي أَلَا يرى أَنَّ الْجَوَابَ لَا يَلْزَمُ في غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي وَكَذَا الْخُصُومَةُ لَا تَنْدَفِعُ بِالْيَمِينِ في غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي فَتَتَقَيَّدُ بِمَجْلِسِ الْقَاضِي إلَّا أَنَّهُ إذَا أَقَرَّ في غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي يَخْرُجُ عن الْوَكَالَةِ وَيَنْعَزِلُ لِأَنَّهُ لو بَقِيَ وَكِيلًا لَبَقِيَ وَكِيلًا بِالْإِقْرَارِ عَيْنًا لِأَنَّ الْإِنْكَارَ لَا يُسْمَعُ منه لِلتَّنَاقُضِ وَالْإِقْرَارُ عَيْنًا غَيْرُ مُوَكَّلٍ بِهِ وَالْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ في مَالٍ إذَا قَضَى الْقَاضِي بِهِ يَمْلِكُ قَبْضَهُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ لَا يَمْلِكُ وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ

الْمَطْلُوبَ من الْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ الِاهْتِدَاءُ وَمِنْ الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ الْأَمَانَةُ وَلَيْسَ كُلُّ من يَهْتَدِي إلَى شَيْءٍ يُؤْتَمَنُ عليه فَلَا يَكُونُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ تَوْكِيلًا بِالْقَبْضِ
وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا وَكَّلَهُ بِالْخُصُومَةِ في مَالٍ فَقَدْ ائْتَمَنَهُ على قَبْضِهِ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ فيه

لَا تَنْتَهِي إلَّا بِالْقَبْضِ فَكَانَ التَّوْكِيلُ بها تَوْكِيلًا بِالْقَبْضِ وَالْوَكِيلُ بِتَقَاضِي الدَّيْنِ يَمْلِكُ الْقَبْضَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ حَقَّ التَّقَاضِي لَا يَنْقَطِعُ إلَّا بِالْقَبْضِ فَكَانَ التَّوْكِيلُ بِهِ تَوْكِيلًا بِالْقَبْضِ وَلِأَنَّ التَّقَاضِيَ وَالِاقْتِضَاءَ وَالِاسْتِيفَاءَ وَاحِدٌ إلَّا أَنَّ الْمُتَأَخِّرِينَ من أَصْحَابِنَا قالوا إنَّهُ لَا يَمْلِكُ في عُرْفِ دِيَارِنَا لِأَنَّ الناس في زَمَانِنَا لَا يَرْضَوْنَ بِقَبْضِ الْمُتَقَاضِي كَالْوُكَلَاءِ على أَبْوَابِ الْقُضَاةِ لِتُهْمَةِ الْخِيَانَةِ في أَمْوَالِ الناس وَالْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ في إثْبَاتِ الدَّيْنِ إذَا أَنْكَرَ الْغَرِيمُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَمْلِكُ وهو رِوَايَةُ الْحَسَنِ عن أبي حَنِيفَةَ أَيْضًا فَيَمْلِكُ إقَامَةَ الْبَيِّنَةِ

وَكَذَا لو أَقَامَ المدعي عليه الْبَيِّنَةَ أَنَّ صَاحِبَ الدَّيْنِ اسْتَوْفَى منه أو أَبْرَأَهُ عنه قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا تُقْبَلُ وَلَا يَمْلِكُ وَأَجْمَعُوا في الْوَكِيلِ بِقَبْضِ الْعَيْنِ إذَا أَنْكَرَ من في يَدِهِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ حتى لَا يَمْلِكَ إقَامَةَ الْبَيِّنَةِ

وَلَوْ أَقَامَ المدعي عليه الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا من الذي وَكَّلَهُ بِالْقَبْضِ لَا تُسْمَعُ منه بَيِّنَتُهُ في إثْبَاتِ الشِّرَاءِ وَلَكِنَّهَا تُسْمَعُ لِدَفْعِ خُصُومَةِ الْوَكِيلِ في الْحَالِ إلَى أَنْ يَحْضُرَ الْمُوَكِّلُ وَقَالُوا في الْوَكِيلِ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ وَبِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَبِالْقِسْمَةِ أنه يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ تَوْكِيلٌ بِاسْتِيفَاءِ عَيْنِ الْحَقِّ فَلَا يَتَعَدَّى إلَى الْخُصُومَةِ كَالتَّوْكِيلِ بِقَبْضِ الْعَيْنِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّوْكِيلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ تَوْكِيلٌ بِالْمُبَادَلَةِ وَالْحُقُوقُ في مُبَادَلَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ كما في الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَدَلَالَةُ ذلك أَنَّ اسْتِيفَاءَ عَيْنِ الدَّيْنِ لَا يُتَصَوَّرُ لِأَنَّ الدَّيْنَ إمَّا أَنْ يَكُونَ عِبَارَةً عن الْفِعْلِ وهو فِعْلُ تَسْلِيمِ الْمَالِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عِبَارَةً عن مَالٍ حُكْمِيٍّ في الذِّمَّةِ وَكُلُّ ذلك لَا يُتَصَوَّرُ اسْتِيفَاؤُهُ وَلَكِنَّ اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ عِبَارَةٌ عن نَوْعِ مُبَادَلَةٍ وهو مُبَادَلَةُ الْمَأْخُوذِ الْعَيْنِ بِمَا في ذِمَّةِ الْغَرِيمِ وَتَمْلِيكُهُ بهذا الْقَدْرِ الْمَأْخُوذِ من الْمَالِ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ وَالْخُصُومَةَ في حُقُوقِ مُبَادَلَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ فَيَمْلِكُهُ الْوَكِيلُ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِقَبْضِ الثَّمَنِ لِأَنَّ ذلك تَوْكِيلٌ بِاسْتِيفَاءِ عَيْنِ الْحَقِّ لَا بِالْمُبَادَلَةِ لِأَنَّ عَيْنَهُ مَقْدُورُ الِاسْتِيفَاءِ فَلَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ فيها إلَّا بِأَمْرٍ جَدِيدٍ فَهُوَ الْفَرْقُ بين الْفَصْلَيْنِ فإذا لم يَمْلِكْ الْخُصُومَةَ لَا تُسْمَعُ بَيِّنَةُ المدعي عليه على الشِّرَاءِ من الْمُوَكِّلِ بِالْقَبْضِ لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ قَامَتْ لَا على خَصْمٍ وَلَكِنَّهَا تُسْمَعُ في دَفْعِ قَبْضِ الْوَكِيلِ

وَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْبَيِّنَةُ مَسْمُوعَةً من وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ كَمَنْ وَكَّلَ إنْسَانًا بِنَقْلِ زَوْجَتِهِ إلَى حَيْثُ هو فَطَالَبَهَا الْوَكِيلُ بِالِانْتِقَالِ فَأَقَامَتْ الْبَيِّنَةَ على أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا تُسْمَعُ هذه الْبَيِّنَةُ في انْدِفَاعِ حَقِّ الْوَكِيلِ في النَّقْلِ وَلَا تُسْمَعُ في إثْبَاتِ الْحُرْمَةِ كَذَا هذا

وَكَذَلِكَ الْوَكِيلُ بِأَخْذِ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ وَكِيلٌ بِالْمُبَادَلَةِ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ وَكَذَا الرَّدُّ بِالْعَيْبِ وَالْقِسْمَةُ فيها مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فَكَانَتْ الْخُصُومَةُ فيها من حُقُوقِهَا فَيَمْلِكُهَا الْوَكِيلُ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ وَالْوَكِيلُ بِالْقَبْضِ إذَا أَرَادَ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ

هذا على وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ كانت الْوَكَالَةُ عَامَّةً بِأَنْ قال له وَقْتَ التَّوْكِيلِ بِالْقَبْضِ اصْنَعْ ما شِئْتَ أو ما صَنَعْتَ من شَيْءٍ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَيَّ أو نحو ذلك وَإِمَّا إنْ كانت خَاصَّةً بِأَنْ لم يَقُلْ ذلك عِنْدَ التَّوْكِيلِ بِالْقَبْضِ فَإِنْ كانت عَامَّةً يَمْلِكُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ بِالْقَبْضِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيمَا يَخْرُجُ مَخْرَجَ الْعُمُومِ إجْرَاؤُهُ على عُمُومِهِ

وَإِنْ كانت خَاصَّةً فَلَيْسَ له أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ بِالْقَبْضِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَتَصَرَّفُ بِتَفْوِيضِ الْمُوَكِّلِ فَيَمْلِكُ قَدْرَ ما فَوَّضَ إلَيْهِ فَإِنْ فَعَلَ ذلك وَقَبَضَ الْوَكِيلُ الثَّانِي لم يَبْرَأْ الْغَرِيمُ من الدَّيْنِ لِأَنَّ تَوْكِيلَهُ بِالْقَبْضِ إذَا لم يَصِحَّ فَقَبْضُهُ وَقَبْضُ

الْأَجْنَبِيِّ سَوَاءٌ فَإِنْ وَصَلَ إلَى يَدِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ برىء الْغَرِيمُ لِأَنَّهُ وَصَلَ إلَى يَدِ من هو نَائِبُ الْمُوَكِّلِ في الْقَبْضِ
وَإِنْ هَلَكَ في يَدِهِ قبل أَنْ يَصِلَ إلَى الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ ضَمِنَ الْقَابِضُ لِلْغَرِيمِ لِأَنَّ قَبْضَهُ بِجِهَةِ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ وَالْقَبْضُ بِجِهَةِ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ قَبْضٌ بِجِهَةِ الْمُبَادَلَةِ على ما مَرَّ وَالْمَقْبُوضُ بِجِهَةِ الْمُبَادَلَةِ مَضْمُونٌ على الْقَابِضِ كَالْمَقْبُوض على سَوْمِ الشِّرَاءِ وكان له أَنْ يَرْجِعَ بِمَا ضَمِنَ على الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ صَارَ مَغْرُورًا من جِهَتِهِ بِتَوْكِيلِهِ بِالْقَبْض فَيَرْجِعُ عليه إذْ كُلُّ غَارٍّ ضَامِنٌ لِلْمَغْرُورِ بِمَا لَحِقَهُ من الْعُهْدَةِ فَيَرْجِعُ عليه بِضَمَانِ الْكَفَالَةِ وَلَا يَبْرَأُ الْغَرِيمُ من الدَّيْنِ لِمَا قُلْنَا إنَّ تَوْكِيلَهُ بِالْقَبْضِ لم يَصِحَّ فَكَانَ لِلطَّالِبِ أَنْ يَأْخُذَ الْغَرِيمَ بِدَيْنِهِ وإذا أَخَذَ منه رَجَعَ الْغَرِيمُ على الْوَكِيلِ الثَّانِي لِمَا قُلْنَا وَيَرْجِعُ الْوَكِيلُ الثَّانِي على الْأَوَّلِ بِحُكْمِ الْغُرُورِ لِمَا قُلْنَا إنَّ الْوَكِيلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ لِلْمُوَكِّلِ على إنْسَانٍ مُعَيَّنٍ أو في بَلَدٍ
